TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TEMMUZ - AĞUSTOS / JULY - AUGUST: 2022 YIL/YEAR: 35 SAYI/ISSUE: 161

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

Sahibi / Owner
Av. R. Erinç Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director
Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 18. 07. 2022

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

   Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

   Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.

4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayınlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.

5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

   Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan *"Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır"* kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

   Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

   İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.

9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.

10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

    Hakemler tarafından onaylanan/düzeltme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

    Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.

12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.

14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.

15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.

    Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.

16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden** (**nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden**) sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,

   Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.

   Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.

    Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

    Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturum ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,

   Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,

   Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,

   Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,

   Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,

   Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi

7. Noktalama işaretlerinin **(özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin)** yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimeden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maille) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.

   Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.

   Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KADININ İNSAN HAKLARINDAN BİR SAPMA ÖRNEĞİ: ÇİN'DE AYAK BAĞLAMA GELENEĞİ*

A DEVIATION EXAMPLE FROM WOMEN'S HUMAN RIGHTS: FOOTBINDING TRADITION IN CHINA

Ayşen SEYMEN ÇAKAR**

If you have lotus feet, you will marry a Literati, eating bread with meat;

If you have large feet, you will marry a blind man, eating bran with chili.

A ballad in Zhangde, Henan[1]

Özet: Ayak bağlama, Han Çinlileri döneminde uygulanmaya başlamış olan, yapılan sargı işlemleri sebebiyle ayak iskeletinin bozularak, ayağın büyümesini engelleyen geleneksel bir işlemdir. Saray içerisinde başlayan bu uygulama, zamanla üst sınıflardan alt sınıflara da geçmiştir. Küçük ayaklar, Çin'de bir soyluluk ve güzellik sembolü olarak nitelendirilmiş ve zamanla iyi bir evlilik yapabilmek için bir şart olarak algılanmıştır. 1600'lü yıllarda, ayak bağlama geleneğinin ortadan kalkması için bazı yasaklar getirilmiş olsa da bu çabalar başarılı olmamıştır. Ayak bağlama geleneği Çin'de 1950'li yıllara kadar varlığını sürdürmüş ve bugün için son bulmuş olan bir gelenektir. Bu geleneğin, Çin'in ataerkil aile yapısı ile ilişkili olduğu söylenmektedir. Ayak bağlama, kadınların hareket yeteneklerini kısıtladığından, onları başka insanların, örneğin annesinin, kayınvalidesinin ya da eşinin yardımına muhtaç hale getirmiştir. Bu uygulama, çalışma alanında da

---

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi, aysenseymencakar@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3843-6120, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.03.2022, Kabul Tarihi: 10.06.2022

1 "Lotus ayaklarınız varsa, ekmeği etle yiyen bir edebiyatçı ile evleneceksiniz; Büyük ayaklarınız varsa, kepeği biberle yiyen kör bir adamla evleneceksiniz". Zhangde, Henan'da bir türkü.
Bu türkü, ayak bağlama geleneğinin, halk arasında, iyi evlilik yapmak için kullanılan bir araç olduğunu gözler önüne sermektedir.
Xinyu Fan ve Lingwei Wu, "The Economic Motives for Foot-binding", Discussion Paper Series – CRC TR 224, Discussion Paper No. 187, Project A 03, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn- Universität Mannheim, June 2020, https://www.wiwi.uni-bonn.de/bgsepapers/boncrc/CRCTR224_2020_187.pdf/E.T. 26.05.2021, s. 2.

kadınları etkilemiş olup, örneğin sulama tarımı gibi bazı işler kadınlar için oldukça güç hale gelmiş, kadın emeği daha çok ev içinde yapılabilecek el işi gibi alanlarda yoğunlaşmıştır. Bu durum da kadın emeğinin değerinin sorgulanmasına yol açmıştır. Ayak bağlama uygulaması gibi kadına zarar veren geleneksel uygulamalar, Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge'de kadına yönelik şiddet olarak tarif edilmiştir. Son bulmuş bir gelenek olan ayak bağlama uygulamasının ortadan kaldırılma yöntemlerinin incelenmesinin, kadına zarar veren diğer geleneksel yöntemlerin ortadan kaldırılmasında da bir örnek olarak fayda sağlayabileceği umulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ayak Bağlama, Lotus Ayaklar, Kadına Yönelik Şiddet, Kadının İnsan Hakları, Gelenek ve Hukuk

Abstract: Foot binding is a traditional procedure that started to be practiced during the Han Chinese period, preventing the growth of the foot by deteriorating the foot skeleton due to the wrapping processes. This practice, which started in the palace, gradually passed from the upper classes to the lower classes. Small feet were perceived as a symbol of nobility and beauty in China, and for this reason, they were perceived as a condition for a good marriage over time. Although some prohibitions were introduced in the 1600s to eradicate the tradition of foot binding, these efforts were not successful. The tradition of foot binding has existed in China until the 1950s and is a tradition that has come to an end for today. This tradition is said to be associated with the patriarchal family structure of China. Since foot binding restricts women's mobility, it has made them dependent on the help of other people, such as their mother, mother-in-law or spouse. This practice has also affected women in the field of work, some jobs such as irrigation agriculture have become quite difficult for women, and women's labor has been concentrated in areas such as handicrafts that can be done at home. This situation has led to the questioning of the value of women's labor. Traditional practices that harm women, such as the practice of tying feet, are defined as violence against women in the United Nations Declaration on the Elimination of Violence Against Women. Examining the methods of eliminating the practice of tying the feet, which is a dead tradition, can also be useful as an example for the elimination of other traditional methods that harm women.

Keywords: Foot Binding, Lotus Feet, Violence Against Women, Women's Human Rights, Tradition And Law

1. GİRİŞ

Ayak bağlama uygulaması, Han Çinlileri döneminde ortaya çıkmış ve yaklaşık bin yıl kadar varlığını sürdürmüş olup 1950'li yıllarda ortadan kalkmıştır. İlk olarak saray ve çevresinde ortaya çıktığına inanılan uygulama, sonrasında üst sınıflardan alt sınıflara doğru yayılmıştır. Yalnızca kadınlar üzerinde gerçekleştirilen uygulama, asaletin

ve güzelliğin sembolü olarak değerlendirildiğinden iyi evlilik yapmanın bir yolu olarak kabul edilmiştir. Uygulamanın, Çin'in ataerkil yapısı ile ilgili olduğu vurgulanmaktadır. Uygulama aynı zamanda Çin kadınlarının itaatkarlığının da bir göstergesi olmuştur. Büyük bir acıya ve sakatlığa yol açan bu uygulama, kadınları hem günlük hayatlarında ve hem de çalışma hayatlarında başkalarına bağımlı hale getirmiştir. Uygulama, kadınların yalnızca bir cinsel obje olarak görüldüğünün de bir göstergesidir.

Görünüşte, iyi bir evlilik yapmak amacıyla, istekli olarak yapıldığına ve ahlaki olduğuna inanılan bu uygulama, kadına zararlı olan diğer pek çok geleneksel uygulama gibi aslında bir toplumsal dayatmadır. Bir çocuğun ayağının bağlı olmaması kendisinin ve ailesinin toplum tarafından dışlanması, evlenememesi, toplumda değer görmemesi gibi sonuçlara yol açmaktadır.

Uygulama bir bakıma, uygarlığın inşasını kendisine mal eden erkeğin, kadının yeniden inşasını da kendine mal ettiğinin bir göstergesidir. Erkeğin tasarladığı bir kadın bedeninin acıyla inşa edilmesi ve kadının kırılmış ayaklarıyla erkek egemenliğine hapsedilmesinin en tipik örneklerinden bir tanesidir.

2. GELENEK, HUKUK VE KADININ İNSAN HAKLARI

Geleneksel kültürel uygulamalar, bir topluluğun üyeleri tarafından genellikle nesilleri kapsayan dönemler boyunca sahip olunan değerleri ve inançları yansıtır. Dünyadaki her sosyal grubun, bazıları tüm üyeler için faydalı olan, diğerleri ise kadınlar gibi belirli gruplar için zararlı olan geleneksel kültürel uygulamaları ve inançları vardır. Zararlı olmalarına ve ulusal ve uluslararası insan hakları yasalarını ihlal etmelerine rağmen, bu tür uygulamalar sorgulanmadığı veya eleştirilmediği için varlıklarını sürdürmekte ve bunları uygulayanların zihninde ahlaki olduklarına ilişkin bir inanç yer almaktadır.[2]

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/104 sayılı kararıyla kabul edilen Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırıl-

2 Mikateko Joyce Maluleke, "Culture, Tradition, Custom, Law and Gender Equality", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2012, C: 15, S: 1, file:///C:/Users/anaya/Downloads/75698-Article%20Text-172364-1-10-20120417%20(2).pdf/E.T. 30.05.2021, s. 2.

masına İlişkin Bildirge'nin 2. maddesinde kadına zarar veren geleneksel uygulamalar, kadına yönelik şiddet eylemleri olarak açıkça sayılmıştır.[3] Dünya üzerinde, kadına zarar veren pek çok geleneksel uygulama var olmuştur. Bunlardan bazıları son bulmuş, bazıları ise halen varlığını devam ettirmektedir. Sati uygulaması, ayak bağlama uygulaması, cadı avı, Antik Yunan döneminde ölen savaşçılar için kız çocuklarının kurban edilmesi, korse uygulaması gibi bazıları tarihsel örnekler olarak değerlendirilebilirken; kadının cinsel sakatlanması, çeyiz cinayetleri (dowry deaths), başlık parası, berdel gibi bazı uygulamalar günümüzde varlığını sürdüren uygulamalar olarak sayılabilmektedir.

Uygarlık tarihinin inşasını erkek kendine mal ettiği için, kadına ilişkin kültürü biçimlendiren ideolojiyi de kendi kafasından geçen düşüncelerle tasarlamıştır. Dolayısıyla kadınlara biçilen kadınlık kavramı da erkeğin yarattığı ve onun gereksinimlerine karşılık verebilecek biçimdeki kadını oluşturmaya yöneliktir.[4] Yukarıda sayılan geleneklere göz atıldığında, bunların erkekler için gerçekleştirilen ve kadınların zarar gördüğü, kadının insan haklarına aykırı uygulamalar olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, sati uygulamasında,[5] dul kadınların, ölen kocaları için yakılması; korse uygulamasında[6] ve ayak bağı uygulamasında, erkekler tarafından beğenilmek ve böylece daha iyi evlilikler yapabilmek umudu; kadının cinsel sakatlanması uygulamasında[7] na-

---

3 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Declaration on the Elimination of Violence against Women", 1993, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen. aspx/E.T. 29.05.2021.

4 Derya Şaşman Kaylı, Kadın Bedeni ve Özgürleşme, 3. Baskı, İlya Yayınevi, İzmir, 2011, s. 48.

5 Sati (Su-thi veya Suttee), dul bir kadının kendini, kocasının cenaze ateşinde yakarak kurban ettiği geleneksel bir Hint uygulamasıdır. (Virendra Kumar ve Sarita Kanth, "Bride Burning", *Medicine, Crime and Punishment, December* 2004, C: 364, s. 19). Sati hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Ayşen Seymen Çakar, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Sati Geleneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S: 120, s. 73-86.

6 On altıncı yüzyılda Avrupalı kadınlar, daha güzel görünmek için balina kemiği ve sertleştirilmiş kanvasdan yapılan korselere bağlandılar. Göğüsleri ve karnı düzleştirmek için önden bir metal veya tahta parçası konuldu. Bu giysi belin bükülmesini ve nefes almayı zorlaştırıyordu. (Elayne A. Saltzberg ve Joan C. Chrisler, "Beauty is the Beast: Psychological Effects of the Pursuit of the Perfect Female Body", Ed. Christine M. Koggel, Moral Issues in Global Perspective II: Human Diversity and Equality, Second Edition, Broadview Press, Kanada, 2006, s. 143).

7 Kadının cinsel sakatlanması (female circumcision, female genital mutilation, female genital cutting), eksternal genital organların kısmen veya tamamının alınması işlemidir. Kadın sünneti Dünya Sağlık Örgütü tarafından "medikal sebepler

musu koruma algısı; çeyiz cinayetlerinde,[8] erkeğe vaat edilen çeyizin getirilememesi; Antik Yunan döneminde, Truva'da, ölen savaşçılar için kız çocuklarının kurban edilmesi uygulamasında,[9] kurban etme töreninde kız çocuklarının gelin gibi giydirilmesi ve ölen savaşçının ölümden sonraki hayatında bu kız çocuğu ile evleneceğine ilişkin beklenti yer almaktadır.

3. AYAK BAĞLAMA UYGULAMASI

Ayak bağlama uygulaması, ortaya çıkışından sonlandırılmasına kadar yaklaşık bin yıl kadar sürmüş olan geleneksel bir uygulamadır. Uygulamanın ortaya çıkması, bir gelenek olarak yerleşmesi, nasıl uygulandığı ve ne tür zararlara yol açtığı bu bölüm içerisinde incelenecektir.

3.1. Uygulamanın Ortaya Çıkışı

Ayak bağlama, ayak iskeletinin bozulmasına neden olan kültürel bir uygulamadır. Ayak bağlama, belirli estetik kriterleri karşılamak için ayağın büyümesini sınırlandırmak ve çekici kabul edilen minik altın lotus görünümüne ulaşmasını sağlamak için ayakların yeniden şekillendirilmesini amaçlayan ve sadece kadınlar üzerinde gerçekleştirilen bir uygulamadır.[10]

---

dışında, eksternal kadın genital organlarının kısmen veya tamamen çıkarılması veya kadın genital organlarına başka şekillerde zarar verilmesini içeren tüm işlemler" olarak tanımlanmaktadır.
(A.Filiz Avşar, Serdal Kanuncu ve H. Levent Keskin, "Kadın Sünneti", *Türkiye Klinikleri Jinekoloji Obstetrik*, 2008, C: 18, S: 5, s. 321-322).
World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T. 28.04.2021.
Ayrıntılı bilgi için bakınız: Ayşen Seymen Çakar, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Kadının Cinsel Sakatlanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, S: 157, s. 361-380.

8 Ayrıntılı bilgi için bakınız: Ayşen Seymen Çakar, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Çeyiz Cinayetleri", Ed. Murat Ercan, Ali Ayata ve Sultan Ece Altınok Çalışkan, Uluslararası Osmaneli Sosyal Bilimler Kongresi 12-13-14 Ekim 2016 Osmaneli'den 21. Yüzyılı Okumak Bildiriler Kitabı, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Yayını, Bilecik, 2016, s. 1698-1703.

9 Seneca, Troades, Latinceden Çev. Haydar Dönmez, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları/2146, Ankara, 1998, s. 66.

10 Natalie Reznikov, Carina Phillips, Martyn Cooke, Amin Garbout, Farah Ahmed ve Molly M. Stevens, "Functional Adaptation of the Calcaneus in Historical Foot Binding", *Journal of Bone and Mineral Research*, September 2017, C: 32, S: 9, s. 1916.

Ayak bağlama terimi, Han Çinlilerinin, kadınların ayaklarının normal büyümesini engellemek ve onları şekil ve küçüklük açısından doğal olmayan hale getirmek için yapay araçlar kullanma geleneğini ifade etmektedir. Ming (1368-1644) ve Ch'ing (1644-1911) hanedanları altındaki tüm sınıflar tarafından yaygın olarak uygulanan gelenek, en azından M.S. 1130'a kadar uzanmaktadır. Geleneksel kaynaklar bu noktada farklılık gösterse de bazıları ayak bağlamanın Shang hanedanı dönemine (M.Ö. 1766-1122) kadar uzandığını iddia etmektedir.[11]

Bağlanmış ayakların oluşturduğu yeni biçime lotus çiçeğine atıfla lotus ayak denildiği bilinmektedir. Lotus çiçeği, büyük bir çiçektir. Ayak bağlamanın amacı küçük ayaklara sahip olma isteğiyken bağlı ayaklara lotus ayak denilmesi bir çelişki gibi görünmektedir.

Bağlı ayaklara neden lotus ayak adı verildiği konusunda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlki, M.S. 479-502 yılları civarında bir Lord'un, altın kâğıdı nilüfer şeklinde kestiğine, onu yere yaydığına ve cariyelerinden biri olan Pan'dan altın lotus üzerinde çıplak ayakla yürümesini istediğine ve her adımı bir lotus olarak değerlendirdiğine ilişkindir.[12] Diğer görüş ise bu geleneğin M.S. 937-978 civarında başladığını ve geleneği tanıtanların Li Yu ve Yaoniang olduğunu ileri sürer. Beş Hanedanlık ve On Krallık Dönemi boyunca, Güney Çin'de, Çin sanat tarihinde büyük ve çapkınlığıyla bilinen, aynı zamanda bir şair ve sanatçı olan Li Yu adlı kralın bulunduğu bir krallık vardır. Tarihsel kayıtlarda, Li Yu'nun, en gözde cariyelerinden biri olan Yaoniang için altı ayak büyüklüğünde bir lotus çiçeği yaptırdığı ve cariyesinden ayaklarını ipek bantlarla sarmasını istediği, böylece onun ayaklarını hilal şeklinde bir aya benzettiği ve daha sonra en sevdiği dansı o lotus çiçeğinin üzerinde yapmasını istediği belirtilmektedir. Yaoniang'ın bağlı ayakları öylesine genel bir hayranlık uyandırmıştır ki sadece saraydaki diğer kadınlar değil, aynı zamanda Çin'deki diğer tüm kadınlar onu taklit etmeye başlamıştır. O zamandan beri lotus, kadın ayaklarının bir sembolü haline gelmiştir.[13]

11 Alison R. Drucker, "The Influence of Western Women on the Anti-Footbinding Movement 1840-1911", *Historical Reflections*, Fall 1981, C: 8, S: 3, Women in Chine: Current Directions in Historical Scholarship, s. 179.

12 Zhang Yuan, Footbinding, Sexuality and Transnational Feminism, Master, Utrecht University, Faculty of Humanities, June 2009, https://dspace.library.uu.nl/handle/ 1874/36125/E.T. 28.05.2021, s. 2.

13 Yuan, a.g.e., s. 3.

Ayak bağı uygulaması ilk ortaya çıktığı dönemlerde ayakları küçültmek yerine daha ince göstermek için tasarlanmış bir uygulama iken sonraları küçük ayakları sembolize eder olmuştur. Yine de bağlı ayakların neden başka bir çiçek ile değil de lotus çiçeği ile anıldığı noktasında ise aşağıdaki görüş daha açıklayıcıdır. Bu görüşe göre lotus çiçeği ile ayak bağlama geleneği arasında daha derin kültürel bağlar olduğu iddia edilmektedir. Bu görüşte, lotus çiçeği ile Budizm arasında bir bağın olduğu belirtilmektedir. Budizm'in etkisinden dolayı lotus, Çinliler tarafından asalet ve iffetin sembolü olarak görülmüştür. Çünkü lotus çamurda yetişmekte ama çiçeklerinde ve yapraklarında toz birikmemektedir. Bu noktada kadınların temiz ve güzel ayaklarına benzetilmektedir. Buda heykellerine bakıldığında, Buda'nın genellikle nilüferin üzerinde çıplak ayakla durduğu görülmektedir. Bu nedenle Çinliler, kadınların iyiliğini tarif etmek için ayaklarına "Lotus" demektedir.[14]

Uygulamanın ortaya çıkış sebebi hakkında yukarıda belirtildiği gibi farklı görüşler mevcutsa da genellikle saray dansçılarının ayaklarının küçüklüğü ve şekli sebebiyle erkekler tarafından çekici bulundukları gerekçesiyle uygulamanın arttığı görüşü daha yaygındır. Ayak bağlama uygulaması, üst sınıflarda ortaya çıkmış ve zamanla toplumun diğer kesimlerine de yayılmıştır. Bandaj ücretlerini karşılamakta zorlanan ve işgücü eksikliğini karşılayamayan yoksul ailelerde ayak bağı uygulaması kız çocukları büyüyene kadar yapılmıyordu. Bir kız çocuğu evlendikten sonra bandajlar çıkarılır ve iş gücüne yeniden dahil olurdu.[15]

Ayak bağlamanın bu kadar popüler olmasının bir nedeni, annelerin itaat ve fedakarlığın değerini kız çocuklarına aktarmaları için etkili bir mekanizma yaratmasıdır. Ayak bağlama inanılmaz derecede acı verici olup çok sayıda tekrarlama gerektirmektedir. Kız çocukları, acıya rağmen ve şikâyet etmeden günlük yaşama katılmayı öğrenmek zorunda kalmışlardır. Bu uzun süren acının, bir kız çocuğunu gelecekte toplumdaki ve kocasının ailesindeki rollerine hazırlamaya yardımcı olduğuna inanılmıştır.[16]

---

14 Yuan, a.g.e., s. 3.

15 Tiffany Marie Smith, "Footbinding Chinese History", https://www.britannica.com/science/footbinding/E.T. 22.05.2021.

16 Lesley Wexler, "Allowing Girls to Hold up Half the Sky: Combining Norm Pro-

3.2. Bir Gelenek Olarak Ayak Bağı Uygulaması

Ayak bağlama uygulaması, kültürel bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Ayak bağlama, genç kızlar için bir geçit töreni olarak görülmekte ve bunun ergenlik, âdet kanaması ve doğum için hazırlık olduğuna inanılmaktaydı. Ayrıca uygulama, bir kız çocuğunun itaatkâr olduğunun da göstergesi olarak kabul edilmekteydi. Ayak bağlama aynı zamanda bir prestij sembolüydü ve popüler inanış, doğurganlığı artırdığı, çünkü kanın bacaklara, kalçalara ve vajinal bölgelere akacağı yönündeydi.[17] Ayak bağlamanın, kişinin daha iyi evlilikler yapabilmesini yani doğduğu aileden daha iyi imkanlara sahip ailelere üye olabilmesini sağladığına inanılırdı.[18] Bir kız çocuğunun ayaklarını bağlamaya başladığı gün büyük bir gün olarak kabul edilirdi. Çin'de farklı zamanlarda ve farklı bölgelerde, bir kız çocuğunun ilk ayak bağı uygulamasını kutlamak için farklı adetler, hatta özel bir ayin vardı. Bazen kız çocuğundan, domuzun ayak parmağını ısırması istenirdi. Daha sonra annesi bir tabağa domuz ayağı koyar, tabağı kafasına koyarak evlerinde dolaşır ve bağlı ayaklar tanrıçasına, kızına bir çift altın nilüfer vermesi için dua ederdi. Diğer törenlerde ise anneler bir tavuğu öldürür ve sıcak kanını kız çocuklarının ayaklarına dökerlerdi. Bu ayin, kız çocuğunun, çocukluktan çıkıp ergenliğe adım atmasını simgelerdi.[19]

Kişinin ayaklarını bağlamaması, statüsünün azalmasına ve sosyal olarak reddedilmesine yol açmaktadır. Ayak bağlama, bir kadının çekici olarak kabul edilmesinde bir etken olarak büyük bir rol oynamıştır. Anneler, kız çocuklarına, saygın bir eş bulmak için ayak bağlamanın gerekli olduğunu defalarca tekrar etmişlerdir. Çinli kız çocukları, büyükleri tarafından aktarılan hikayeler aracılığıyla, bir kadının fiziksel güzelliğinin, tanrı tarafından verilmiş diğer fiziksel özelliklerden çok ayaklarının bağlı olmasına bağlı olduğunu öğrenmişlerdir. Müstakbel anne adayının görevi, gelinini seçme göreviydi ve birincil kriteri, bağ-

---

motion and Economic Incentives to Combat Daughter Discrimination in China", *Chicago Journal of International Law*, Summer 2006, C: 7, S: 1, s. 85.

17 Smith, a.g.m.

18 Melissa J. Brown, Laurel Bossen, Hill Gates ve Damian Satterthwaite-Phillips, "Marriage Mobility and Footbinding in Pre-1949 Rural China: A Reconsideration of Gender, Economics, and Meaning in Social Causation", *The Journal of Asian Studies*, November 2012, C: 71, S: 4, s. 1039.

19 Yuan, a.g.e., s. 10.

lı ayaklarla örneklenen disiplindi. Sonuç olarak, çocuğun ayaklarını özenle bağlamak ailenin itibarını korumaktaydı.[20]

Ayak bağlama geleneğinin, Neo-Konfüçyüsçü aile geleneğinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.[21] Konfüçyüsçü anlayışa göre toplumun hiyerarşik bir yapılanması vardır ve bu sosyal yapı içerisinde herkes belli bir yer tutmaktadır. Doğadaki ve evrendeki her şeyin sabit bir yeri vardır. Aile içindeki baba, eş, büyük oğul, küçük oğul ve aile içindeki diğerlerinin sosyal rolleri gibi. Söz konusu sabit roller yerini bulduğunda huzur, aksi takdirde ise bir karmaşa söz konusu olur. Bu sebeple herkes kendine ait sosyal rolleri gerçekleştirmelidir. Her ferdin görev ve sorumlulukları, örf ve âdet kuralları ile belirlenmektedir. Örf ve âdet kuralları, her ferdin, kendi statüsüne ve rolüne uygun olan beklentilerini ve görevlerini düzenlemektedir. Herkes toplumdaki yerini gözettiğinde ve gerekli sorumluluk ve görevlerini yerine getirdiğinde sosyal düzen ve uyum korunur.[22]

Konfüçyüsçü aile yapısı, geleneksel olarak değer sistemiyle tanımlanmıştır. Yaş derecelendirmesi, kuşak sıralaması, ebeveynler ve kardeşler arasındaki saygı bağları, karmaşık ama oldukça etkili bir geniş aile sistemi tarafından üyelerine getirilen güvenlik, yoğun bir şekilde yapılandırılmış değerlerin ortak özü, geniş çapta yayılmış ve herkes tarafından bilinen bir etik kod ve bir ahlak, herkesin belirli bir görevi olduğu bir rol tanımı, çalışkanlık, disiplin ve öğrenmeye verilen yüksek önem, bu değerler arasında yer almaktadır.[23] Konfüçyüsçülükte aile, tüm sosyal ilişkilerin temeli ve prototipi olarak kabul edilir. Toplum, ailenin bir uzantısı olarak görülür.[24] Bu tür bir ailede, büyükbaba, altmış yaşına kadar evin reisidir ve aileyi temsil eder. Büyükanne, ev içini yönetmekten, gelinlerini oğluna saygı gösterecek şekilde sosyal-

---

20 Erika Sussman, “Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996”, *Cornell International Law Journal*, 1998, C: 31, S: 1, s. 216.

21 Saman Rejali, “From Tradition to Modernity: Footbinding and Its End (1839-1911) –the History of the Anti-Footbinding Movement and the Histories of Bound-feet Women in China”, *Prandium-The Journal of Historical Studies*, Fall 2014, C: 3, S: 1, s. 3.

22 Uichol Kim ve Shin Park Young, “Confucianism and Family Values Their Impact on Educational Achievement in Korea”, *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft*, 2000, Yıl: 3, S: 2, s. 232.

23 Walter H. Slote, “Psychocultural Dynamics within the Confucian Family”, Ed. Walter H. Slote ve George A. De Vos, Confucianism and the Family, State University of New York Press, Albany, 1998, s. 38.

24 Kim ve Park Young, a.g.m., s. 233.

leştirmekten ve torunlarının düzgün bir şekilde yetiştirilmesinden sorumludur. Altmış yaşında, büyükbaba malını ve iktidarını en büyük oğluna devreder ve oğul aile işlerini yönetmekten sorumlu olur. Benzer şekilde, büyükanne, rolünü ve sorumluluğunu en büyük gelinine devreder. Büyükbaba, oğlunu aile çizgisini devam ettirecek ve ailenin statüsünü yükseltecek şekilde eğitmekten sorumludur. Büyükanne, gelininin oğlunu desteklemesini ve saygı duymasını sağlamaktan ve torunlarının düzgün bir şekilde yetiştirilmesinden sorumludur.[25]

3.3. Uygulamanın Esasları ve Zararları

Uygulama, kız çocuklarının henüz ayak kemikleri olgunlaşmadan, iki-üç bazı bölgelerde beş-altı (bazı yazarlara göre beş-yedi) yaşlarında dört parmağın, ayak başparmağının altına doğru kapatılıp zaman içerisinde kemiklerin kırılarak işlevini yitirmesi ile ayağın lotus çiçeği formunu alma süreci olarak bilinmektedir. Çeşitli bitkiler ve hayvan kanı ile yapılan karışım içinde ayakların yumuşaması sağlanmıştır. Ayak parmakları ayak tabanına doğru kıvrıldıktan sonra sadece başparmak açıkta kalmakta taban ve topuk fonksiyonlarını kaybetmektedir.[26] Bu uygulamada, yaklaşık iki inç genişliğinde ve on fit uzunluğunda bandajlar, ayak tabanının iç kısmından başlayarak ayağın etrafına kuvvetli bir şekilde sarılmaktadır. Daha sonra, bandajlar tabana doğru zorlanacak şekilde küçük ayak parmakları üzerinden geçirilerek topuğun etrafına sarılmaktadır. Bandajı uygulayan kişi, çoğu zaman çocuğun annesi, bandajın tamamı ile uygulamayı tekrarlamaktadır.[27] Ayak parmakları tabanın altına ve içine doğru bükülmeye zorlandığı ve taban ve topuk mümkün olduğunca birbirine yaklaştırıldığı için çocuğun ayağı aralıksız bir baskıya maruz kalmaktadır.[28]

Ayak bağlama uygulamasının belli başlı esasları bulunmaktadır. Bu uygulamaya göre, ayak uzunluğu üç-dört inçi geçmemelidir. En mükemmel ayak ölçüsü üç inç olarak kabul edilmekte ve buna altın

25 Kim ve Park Young, a.g.m., s. 236.
26 Havva Meryem İmre, "Güzellik ve Sosyal Konum Göstergesi Olarak Lotus Ayak ve Ayakkabı", *International Journal of Interdisciplinary and Intercultural Art*", Kasım-Aralık 2020, C: 5, S: 11, s. 88.
27 Sussman, a.g.m., s. 215.
28 Sussman, a.g.m., s. 216.

lotus denilmektedir. Dört inç olanlar gümüş lotus, dört inçten daha büyük olanlar ise demir lotus adını almaktadır.[29] Biçimlendirici bir uygulama olan ayak bağlama uygulaması, yapıldığından itibaren ilk altı ila on yıl aşırı derecede ağrıya sebep olmaktadır.[30]

Ayak bağlama uygulaması kadınları hem sakat bırakmakta ve onları başkalarının güdümü altına sokmakta, hem de onları cinsel objeler haline getirmekteydi.[31] Bu uygulama, kadınları düşmeye daha yatkın kıldığından, kadınları oturdukları yerden kalkamaz hale getirmiştir. Ayakları deforme olmuş pek çok kadın da çömelme yetisini kaybetmiştir ki bu özellikle Çin'deki tuvalet ve diğer günlük aktiviteler için önemli olan bir yetenektir. Bu uygulama, düşme risklerine yol açtığı için kalça kemiği kırılma ihtimallerini de artırmaktadır. Söz konusu zorluklara rağmen, ayakları bağlı kadınların yemek hazırlamada, yürümede veya merdiven çıkmada diğer kadınlardan daha fazla zorluk çekmediklerine ilişkin raporlar mevcuttur. Bu raporlar, Çinli kadınların, sakatlıklarına uyum sağladıkları veya şikâyette bulunma konusunda isteksiz oldukları yönünde anlaşılabilmektedir.[32]

Ayak bağlama uygulaması, çalışma konusunda da kadınları etkilemiştir. Şöyle ki, ayak bağlama kadınların ayaklarını deforme ettiğinden, kadınların fiziksel hareket kabiliyetini sınırlayan bir uygulamadır. Bu nedenle, uygulama, kadınların sulak tarım arazilerinde çalışma gibi yoğun hareket gerektiren çalışmalara girişmesine engel olurken, ev yapımı el işi üretimi gibi daha az hareket gerektiren faaliyetleri yapmalarına ve bu da hane halkı içinde gelir getirici önemli bir rol oynayan alt sınıf kadınların emekleri arasında, bir değer farklılaşmasına yol açmıştır.[33]

29 Sedef Kapanoğlu, "Çin'de Kadın İmgesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 44.

30 Gerry Mackie, "Ending Footbing and Infibulation: A Convention Account", *American Sociological Review*, December 1996, C: 61, S: 6, s. 1000.

31 Dorothy Ko, "The Body as Attire: The Shifting Meanings of Footbinding in Seventeenth-Century China", *Journal of Women's History*, Winter 1997, C: 8, S: 4, s. 8.

32 Steven R.Cummings, Xu Ling ve Katie Stone, "Consequences of Foot Binding among Older Women in Beijing, China", *American Journal of Public Health*, October 1997, C: 87, S: 10, s. 1678-1679.

33 Fan ve Wu, a.g.e., s. 3.

4. UYGULAMANIN HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1. Uygulama Kapsamında İhlal Edilen İnsan Hakları Türleri

Ayak bağlama uygulaması kadınların pek çok insan hakkını ihlal eden bir gelenektir. İnsan haklarının temeli, insan onuru ilkesine dayanmaktadır. İnsanların doğuştan değerli ve saygıya layık varlıklar olarak kabul edilmesini içeren bu ilke tüm insan haklarının olmazsa olmaz koşulu ve ana kaynağıdır. Bütün insanların hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğduğunu[34] ifade eden İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de bunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla, insan hakları anlayışının özüne aykırılık teşkil eden bu uygulama, mantıksal olarak tüm insan haklarına da aykırıdır. Yine de aşağıda, ayak bağlama uygulaması sebebiyle doğrudan ihlal edilen kadının insan hakları türlerine yer verilecektir.

Yalnızca kadınlar üzerinde gerçekleştirilmesi bakımından ayak bağlama uygulaması eşitlik ilkesinin bir ihlalidir ve kadınlara yönelik ayrımcılık oluşturur. Kadınlara yönelik ayrım, kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayrım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelir.[35]

Kadınlara yönelik ayrım bazen toplumda mevcut düşünce kalıplarına ve önyargılara dayanmaktadır. Bu tür uygulamalar, yapısal ayrımcılık oluşturmaktadır. Çünkü yapısal ayrımcılık, toplumların işleyiş biçimlerine dokunan ve eşit fırsatlara ve gerçek eşitliğe ulaşmada engeller yaratan normlar, rutinler, tutum ve davranış kalıpları aracılığıyla işlemektedir.[36] Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü

---

34 Birleşmiş Milletler, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi", 1948, https://www.ohchr.org/sites/default/files/ UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf/E.T. 09.06.2022.

35 Birleşmiş Milletler, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi", 1979, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf/E.T. 09.06.2022.

36 Council of Europe, "Discrimination and Intolerance", https://www.coe.int/en/web/compass/discrimination-and-intolerance/E.T. 09.06.2022.

fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek devletlerin görevidir.[37]

Ayak bağlama uygulamasında, kadınların ayaklarının bandajlanarak kırılması söz konusu olduğundan, kadınlar üzerinde kalıcı sakatlıklar söz konusu olmaktadır. Yine bu uygulama, kadınların kırık ayakları sebebiyle ayakta durmakta zorlanmalarına ve düşmelerine, kalça kırıkları gibi bedensel zararlara uğramalarına sıklıkla yol açmaktadır. Kadınlara dayatılan bu uygulamanın, sebep olduğu bedensel acının yanı sıra manevi acıya da yol açmaması imkânsız görünmektedir. Belirtilen sebeplerle, uygulamanın, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkının[38] da bir ihlali olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 2000 yılında vermiş olduğu 14 numaralı Genel Yorum kararında belirttiği gibi sağlık hakkı yalnızca sağlıklı olmak hakkı şeklinde anlaşılmamakta ve hem hakları hem de yükümlülükleri ifade etmektedir. Özgürlük boyutu, bir kimsenin kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması, işkence, rızaya dayanmayan tıbbi ve deneysel müdahaleler gibi müdahalelere tabi olmamasını içermektedir.[39] Üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen bu tür hukuka aykırı müdahalelere karşı da devletin koruma yükümlülüğü mevcuttur. Bu noktada, kadına zarar veren geleneklerin, kadına yönelik şiddet oluşturduğunu tekrar etmekte fayda vardır. Şiddet; sertlik, katı ve kaba davranış, bedene zor uygulama, bedensel zedelenmeye neden olma, kişisel özgürlüğü zor yoluyla kısıtlama, büyük güç, haşinlik, rahatça gelişmesini ya da tamamlanmasını engellemek üzere bazı doğal süreçlere, alışkanlıklara yersiz kısıtlamalar getirmedir.[40]

37 Birleşmiş Milletler, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi", 1980, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf/E.T. 09.06.2022.

38 Birleşmiş Milletler, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme", 1966, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf/E.T. 09.06.2022.

39 Lema Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 239.

40 Ümit Cihan Atman, "Kadına Yönelik Şiddet; Cinsel Taciz/Irza Geçme", *STED*,

Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi'nin giriş kısmında, kadına yönelik şiddet; kadınlar ve erkekler arasında mevcut olan, erkekler tarafından kadınlara karşı egemenlik ve ayrımcılık uygulamasına yol açan ve kadınların tam olarak ilerlemesini engelleyen ve kadınların erkeklerle kıyaslandığında ikincil bir konuma zorlanmasının önemli toplumsal mekanizmalarından biri olan tarihsel nitelikte eşit olmayan güç ilişkilerinin bir yansıması olarak açıklanmıştır. Bildirgenin birinci maddesinde kadına yönelik şiddet; bu tür davranışlarda bulunma tehdidi, baskı veya ister kamusal alanda ister özel hayatta olsun, keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma da dahil olmak üzere kadınların fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar görmesi veya acı çekmesi ile sonuçlanan veya sonuçlanabilecek her tür fiil olarak tanımlanmıştır. Bildirge'nin ikinci maddesinde kadına zarar veren geleneksel uygulamalar açıkça, kadına yönelik şiddet eylemleri olarak belirtilmiştir.[41] Uygulama sebebiyle şiddet mağduru olan kadınların ve kız çocuklarının, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi haklarının ihlal edildiği de anlaşılmaktadır. Aynı zamanda uygulama, hiç kimsenin, işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamayacağı kuralına da aykırıdır. Uygulama sebebiyle ayakları kırılan, yürümekte zorlanan ve bir nevi eve hapsedilen kadınların kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının da ihlal edildiği söylenebilir. Bu noktada kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yalnızca devlet tarafından hukuksuz tutulmalar şeklinde değil üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı tutulmaları da kapsar şekilde geniş yorumlandığına dikkat edilmelidir. Uygulama sebebiyle sakat kalan, hareket imkânı ve pek çok hakkı kısıtlanan kadınların yeterli bir yaşam seviyesine sahip olma haklarının da ihlal edildiği anlaşılmaktadır. Uygulamanın, "Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet ya da doğum bakımından hiçbir ayrım gözetilmeksizin, reşit olmayan kişi statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerinin ailesi, toplumu ya da devleti tarafından alınması hakkına sahiptir"[42] hükmünü ihtiva eden Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası

2003, C: 12, S: 9, s. 333.

41 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Declaration on the Elimination of Violence against Women", 1993, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx/ E.T. 09.06.2022.

42 Birleşmiş Milletler, "Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi", 1966, Hata! Köprü başvurusu geçerli değil.. 09.06.2022.

Sözleşmesi'nin 24. maddesini ve bu kapsamda çocuğun korunmayı isteme hakkını ihlal ettiği de görülmektedir.

Uygulama mağduru kadınlar, Çin'de yaygın olan sulama tarımı gibi çalışma alanlarında yer alamamakta, bunun yerine çalışma sahaları daha çok ev içi ile sınırlı olmaktadır. Uzun süreli bu uygulama Çin'in hemen her bölgesinde mevcut olmakla birlikte, kırsal kesimde daha yaygın ve daha uzun süre varlık göstermiş olduğundan, tarımsal faaliyetlerde kadının yer alamamasının, kadın emeğinin değerinin ve hatta kadının değerinin sorgulanmasına yol açtığı açıktır. Devletler, kırsal kesim kadınlarının, karşılaştıkları özel sorunları ve ekonominin parasal olmayan sektöründeki çalışmaları dahil ailelerinin ekonomik bakımdan ayakta kalması için oynadıkları belirgin rolü göz önünde tutmakla ve kadın ve erkeklerin eşitliği prensibine dayanarak, kırsal kalkınmaya katılmalarını ve bundan yararlanmalarını sağlamak için, kırsal kesimdeki kadınlara karşı ayırımı ortadan kaldıran tüm uygun tedbirleri almakla yükümlüdür.[43] Kalıcı sakatlıkları sebebiyle bu kadınların çalışma hayatının pek çok alanında var olamadığı bilinmektedir. Bu sebeple uygulama, çalışma hakkının da ihlali niteliğindedir.

Uygulama sebebiyle ihlal edilen bir diğer insan hakkı, eğitim hakkıdır. Şöyle ki, uygulamanın hem bedensel sakatlığa yol açması sebebiyle kız çocuklarının evlere kapatılmasının yolunu açtığı, hem de bir çeşit ergenliğe ve doğuma hazırlık ritüeli olduğu belirtilmişti. Her ne kadar uygulama bazı bölgelerde, henüz ayak kemikleri olgunlaşmamış kız çocukları üzerinde gerçekleştirilse de özellikle bandaj ücretlerini karşılamakta zorlanan yoksul ailelerde daha geç yaşlarda da gerçekleştirilebildiği bilinmektedir. Uygulamadaki amaç da zaten kız çocuklarının iyi evlilikler yapabilmesidir. Dolayısıyla, uygulamanın hem yol açtığı bedensel sakatlıklar ve hem de bir çeşit ergenlik ve evlilik öncesi ritüeli olması kız çocuklarının erken evliliğe yöneltilmelerine ve eğitim haklarından mahrum bırakılmalarına da yol açmaktadır.

---

[43] Birleşmiş Milletler, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi", 1980, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf/E.T. 09.06.2022.

4.2. Uygulamanın Sona Erdirilmesinde Hukukun Rolü

Ayak bağı uygulamasının sona erdirilmesi amacıyla pek çok hukuki adım atılmıştır. Bu adımlar, uygulamanın sona erdirilmesinde önemli rol oynamakla birlikte, hukuki tedbirlerin yanı sıra sivil toplumun da uygulamanın ortadan kaldırılmasındaki etkisi önemli olmuştur. İnsan haklarına aykırı olmakla birlikte uzun süre uygulanan pek çok gelenek var olmuştur. Bu gelenekler, çoğu zaman ceza kanunlarında açıkça suç olarak düzenlenmekle birlikte, toplumda var olan ahlaki oldukları yönündeki algı sebebiyle sorgulanmadan uygulanmış ve hukuka karşı direnç göstermişlerdir. Bu noktada, son bulmuş bir geleneğin hukuki açıdan incelenmesinin ne gibi bir yararı bulunduğu tartışılabilir. Fakat hemen yukarıda belirtildiği üzere, söz konusu geleneğin bitirilmesinde hukuk etkin bir rol oynamış ise kadına zararlı ve devam eden benzer bazı geleneklerin ortadan kaldırılmasında da benzer adımların izlenmesi fayda sağlayabilecektir. Örneğin ülkemizde halen devam eden başlık parası, berdel, çocuk gelin uygulaması gibi geleneksel uygulamaların sonlandırılmasında geçmiş örneklerin incelenmesi faydalı olacaktır.

Ayak bağlama geleneğine karşı, 17. yüzyılın başlarında bir muhalefet başlamıştır. Qing Hanedanı, 1645 yılında, bu geleneği yasaklamak istemişse de başarılı olamamıştır. Çin Halk Cumhuriyeti'nin kurulmasının ardından, 1911 yılında, bu uygulama suç olarak kabul edilerek yasaklanmıştır.[44] Ayak bağlama da dahil olmak üzere tüm Han geleneklerini küçümseyen, ayaklarını çözmeyenlere ölüm cezaları uygulayan İmparator Zangxi, 1665'te ayak bağlamayı yasaklamaya çalışmış, ancak üç yıl sonra yasağı Din İşleri Bakanlığı (Ministry of Rites) tarafından kaldırılmıştır. 1847 yılında, ayak bağlama geleneğine karşı çıkarılan Mançu Fermanı yine başarısız olmuştur.[45] Bu gelenek 1950'li yıllara kadar sürdürülmüştür. Çin'in bazı bölgelerinde, bu uygulamanın etkilerinin halen devam etmekte olduğu görülmektedir.[46]

Ayak bağlama uygulamasına karşı ilk örgütlenme, oğulları için ayağı bağlı gelin aramamaya söz veren misyonerler tarafından oluş-

---

44 Kapanoğlu, a.g.e., s. 57.

45 Ann Marie Wilson, "How the Methods Used to Eliminate Foot Binding in China can be Employed to Eradicate Female Genital Mutilation", *Journal of Gender Studies*, 2013, C: 22, S: 1, s. 19.

46 Kapanoğlu, a.g.e., s. 58.

turulmuştur. Doğal Ayak Topluluğu (Natural Foot Society), 1895'te Şangay'da kurulmuş ve 1897'de Ayak Bağlama Karşıtı Topluluk (Anti-Foot Binding Society), çocukları için ayağı bağlanmamış eşler konusunda hemfikir 300.000 üyeye ulaşmıştır. 1908'de, kamuoyu ayak bağlama uygulamasına karşı çıkmış ve Doğal Ayak Topluluğu'nun liderliği Çinli kadınlardan oluşan bir komiteye devredilmiştir. 1900 Boxer İsyanı ve 1911 Çin Devrimi'nden sonra ayak bağlama uygulaması 1912 yılında büyük şehirlerde ve özellikle üst sınıflar arasında birçok yerde başarılı olan bir kararname ile yasaklanmıştır. 1915 yılında, uygulamayı devam ettiren kişilere müfettişler tarafından para cezaları verilmiş, buna rağmen uygulama kırsal kesimlerde 1930'lu yıllara kadar varlığını sürdürmüştür. Bununla birlikte, muhafazakâr bir kırsal alan olan Tinghsien'de, uygulamanın yüzdesi 1889'da %99'dan %94'e, 1919'da ise sıfıra düşürülmüştür. 950 ila 1949 yılları arasında iki milyardan fazla kadının bu uygulamaya tabi tutulduğu tahmin edilmektedir.[47] İşin ilginç tarafı, ayak bağlama uygulamasının ortadan kaldırılması için oluşturulan örgütler de erkekler tarafından kurulmuştur[48] ve ayak bağlama uygulamasına karşı bu mücadele de aynı uygulamanın ortaya çıkması gibi erkekler tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu durumu, ataerkil yapının bir yansıması şeklinde yorumlamak mümkündür.

Son olarak ayak bağı uygulaması, insan hakları hukukunun evrenselliği-kültürel görecelilik tezleri çatışması kapsamında da değerlendirilmelidir. İnsan hakları, tanımı ve öznesi gereği evrensel niteliktedir. Çünkü insan hakları, insanın hiçbir ayrım gözetilmeksizin, sırf insan olması sebebiyle doğuştan sahip oldukları haklardır. Kuramsal olarak, özü ve öznesi gereği coğrafi sınır tanımayan, sınırlar ötesi bir kavram olan, ilkece ne insandan insana ne devletten devlete değişen insan haklarının, öznesi de böyle olmasını gerektirir. Bu sebeple, insan haklarına evrensellik niteliği kazandıran asıl ölçüt, insan haklarının öznesi olan insan ölçütüdür.[49] Buna karşın, 1940'lı yılların ikinci yarısından itibaren, insan haklarının evrenselliği görüşü karşısında ortaya atı-

47 Wilson, a.g.m., s. 19.

48 Yuan, a.g.e., s. 17.

49 Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar", Ed. Nergis Mütevellioğlu vd., Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu 22-23 Ekim 2009 Akdeniz Üniversitesi Antalya Bildiri Kitabı, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara, 2009, s. 9.

lan evrensellik-kültürel rölativite tartışmalarında, rölativistler, insan haklarının, tarihsel ve mekânsal olarak Batı'ya özgü olduğunu ve bu nedenle de mevcut insan hakları anlayışının, Batılı olmayan kültürler bakımından geçerli olmadığını vurgulamaktadırlar.[50] Bu görüştekilere göre Batı'nın "Aydınlanma" değerlerinin Batılı olmayan kadınlara benimsetilmesi ve onların "kurtarılması" üzerine kurulu düşünceler, emperyalist görüşlere hizmet etmekte ve Batılı olmayan bu toplumların sosyal ve kültürel yapısını göz ardı etmektedir.[51] Bu sebeple de tüm toplumların ve kültürlerin benzer, evrensel ölçütlere göre değil, kendi koşulları içerisinde önyargısız incelenmelere tabi olması gerektiğini[52] savunurlar.

İnsan haklarının tarihsel kaynağı Batı olmakla birlikte, buna gereğinden fazla vurgu yapılması ve bu nedenle insan haklarının içeriğinin belirlenmesi ve yorumlanması yetkisinin Batı'nın ellerinde tekelleştirilmesi çabaları, Batılı insan hakları anlayışının diğer kültürlere dayatılması olarak değerlendirilebilirken, bunun aksinin ise Afrika kıtası örneğinde olduğu gibi statükoya hizmet etme amacını güttüğü şeklinde yorumlanabilir.[53]

Yukarıda belirtilen her iki tezde de bir takım haklılık payları bulunmakla birlikte, insanın doğuştan onurlu bir varlık olduğu düşüncesinin sonucu olarak insan haklarının, hangi coğrafyada yaşarsa yaşasın tüm insanlar için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Şüphesiz her toplumun kendine özgü bazı gerçeklikleri bulunmaktadır. Yine de bu farklılıkların, yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı vb. insan haklarının ortadan kaldırılması konusunda haklı bir mazeret olarak kullanılabilmesi mümkün değildir. Belki bu farklılıklar, ilgili hakların yorumlanmasında fayda sağlayabilir fakat hakların ortadan kaldırılmasını meşrulaştırıcı bir araç olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla, kadının

50 Esra Demir, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", *MÜHF-HAD*, 2008, C: 14, S: 3, s. 210.

51 Berke Özenç, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşıma Doğru", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, C: LXN, S: 2, s. 151.

52 Mehmet Şükrü Nar, "Kültürel Kimlik Sorunsalı: Görecelik mi, Evrenselcilik mi? Yoksa Uzlaşı mı", Antropoloji, 2019, C: 37, s. 77.

53 Bülent Algan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 70-72.

pek çok insan hakkını ihlal eden ayak bağı uygulamasının, kültürel görecelilik tezi kapsamında savunulması da mümkün değildir. Ayak bağı uygulaması, kadının insan haklarının bir ihlalidir.

5. SONUÇ

Ayak bağlama uygulaması, kadınlar üzerinde kalıcı sakatlıklara yol açmış olan geleneksel bir uygulamadır. 1950'li yıllarda ortadan kalkmıştır. Ortadan kalkması için verilen mücadele, gerçekte 1600'lü yıllarda başlamakla birlikte üç yüz yıl kadar başarı sağlayamamıştır. Geleneklerin ortadan kalkması uzun ve zorlu bir süreci gerektirmektedir. Dolayısıyla, uygulamanın ortadan kalkması için çıkarılan fermanlar, emirler, çoğu defa başarısız olmuştur.

Uygulamanın ortadan kaldırılmasına yönelik ses getiren adımlar, bazı dernekler tarafından 1800'lü yılların sonları ile 1900'lü yılların başlarında atılmış, daha sonra çıkarılan kararnamelerle uygulama yasaklanmış, uygulamayı gerçekleştirenlere para cezaları verilmiştir. Aynı uygulamanın başlaması gibi ortadan kalkması da gerçekte erkekler tarafından organize edilmiştir. Söz konusu derneklerin kurucularının erkekler olduğu, bu derneklerin yönetimine daha sonradan kadınların getirildiği bilinmektedir.

Son bulan geleneklere bakıldığında bunların bazen şekil değiştirerek günümüzde de farklı türleriyle uygulandıkları söylenebilir. Örneğin Sati geleneği bugün için ortadan kalkmıştır denilse de dowry deaths uygulamasıyla arasında sosyal-ekonomik ve kültürel benzerliklerinin olduğu yadsınamamaktadır. Korse uygulaması ya da ayak bağlama uygulaması bugün son bulmuştur denilse de bugün dünya üzerinde kadınlar için tasarlanmış olan bazı güzellik kriterlerinin (ki genellikle Batı'nın güzellik anlayışına dayalı) dayatması görülmektedir. Bazı ekonomik sektörlerin çok büyük rantlar elde etmesini sağlayan bu dayatma, saç ve göz renginden beden ölçülerine kadar Batılı kadını sembolize etmekte ve gerçekte Batı kültürünün kendi değerlerini dayatmasının bir örneğini oluşturmaktadır. Yavaş yavaş belleklere yerleşen ve adeta yazısız kanunlar haline dönüşen bu tür dayatmalar zamanla sorgulanmadan kabul edilir hale gelmektedir. Bugün dünya üzerinde kaç kadın, anılan güzellik ölçülerine ulaşabilmek için estetik ameliyatlar geçirmiştir, kaç tanesinde kalıcı hasarlar meydana gelmiştir, belki bu noktada durup biraz düşünmek gerekebilir.

Sonuç olarak, geçmişte ve günümüzde, doğuda ve batıda, erkek tarafından tasarlanmış bir kadın imgesi her zaman farklı formlarıyla söz konusu olmuştur. Bu geleneksel uygulamalar genellikle erkeği memnun eden ama kadınlar için zararlı uygulamalar şeklinde varlığını sürdürmüştür. Bu tür uygulamalar kadın-erkek eşitsizliğinin bir göstergesidir, kadına yönelik şiddetin bir türüdür. Kadına yönelik şiddetin, gelenek ya da başka bir ad altında meşrulaştırılması mümkün değildir.

Kaynakça

Kitaplar/Kitap Bölümleri

Algan Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Gülmez Mesut, "İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar", Ed. Nergis Mütevellioğlu vd., Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu 22-23 Ekim 2009 Akdeniz Üniversitesi Antalya Bildiri Kitabı, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara, 2009, ss. 3-18.

Kapanoğlu Sedef, Çin'de Kadın İmgesi, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

Saltzberg Elayne A. ve Chrisler Joan C., "Beauty is the Beast: Psychological Effects of the Pursuit of the Perfect Female Body", Ed. Christine M. Koggel, Moral Issues in Global Perspective II: Human Diversity and Equality, Second Edition, Broadview Press, Kanada, 2006, ss. 142-150.

Seneca, Troades, Latinceden Çev. Haydar Dönmez, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları/2146, Ankara, 1998.

Seymen Çakar Ayşen, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Çeyiz Cinayetleri", Ed. Murat Ercan, Ali Ayata ve Sultan Ece Altınok Çalışkan, Uluslararası Osmaneli Sosyal Bilimler Kongresi 12-13-14 Ekim 2016 Osmaneli'den 21. Yüzyılı Okumak Bildiriler Kitabı, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Yayını, Bilecik, 2016, ss. 1698-1703.

Slote Walter H., "Psychocultural Dynamics within the Confucian Family", Ed. Walter H. Slote ve George A. De Vos, Confucianism and the Family, State University of New York Press, Albany, 1998, ss. 37-53.

Şaşman Kaylı Derya, Kadın Bedeni ve Özgürleşme, 3. Baskı, İlya Yayınevi, İzmir, 2011.

Uyar Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

Makaleler

Atman Ümit Cihan, "Kadına Yönelik Şiddet; Cinsel Taciz/Irza Geçme", *STED*, 2003, C: 12, S: 9, ss. 333-335.

Avşar A. Filiz, Kanuncu Serdal ve Keskin H. Levent, "Kadın Sünneti", *Türkiye Klinikleri Jinekoloji Obstetrik*, 2008, C: 18, S: 5, ss. 321-326.

Brown Melissa J., Bossen Laurel, Gates Hill ve Satterthwaite-Phillips Damian, "Marriage Mobility and Footbinding in Pre-1949 Rural China: A Reconsideration of Gender, Economics, and Meaning in Social Causation", *The Journal of Asian Studies*, November 2012, C: 71, S: 4, ss. 1035–1067.

Cummings Steven R., Ling Xu ve Stone Katie, "Consequences of Foot Binding among Older Women in Beijing, China", *American Journal of Public Health*, October 1997, C: 87, S: 10, ss. 1677-1680.

Demir Esra, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", *MÜHF-HAD*, 2008, C: 14, S: 3, ss. 209-242.

Drucker Alison R., "The Influence of Western Women on the Anti-Footbinding Movement 1840-1911", *Historical Reflections*, Fall 1981, C: 8, S: 3, Women in Chine: Current Directions in Historical Scholarship, ss. 179-199.

İmre Havva Meryem, "Güzellik ve Sosyal Konum Göstergesi Olarak Lotus Ayak ve Ayakkabı", *International Journal of Interdisciplinary and Intercultural Art*", Kasım-Aralık 2020, C: 5, S: 11, ss. 85-102.

Kim Uichol ve Park Young-Shin, "Confucianism and Family Values Their Impact on Educational Achievement in Korea", *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft*, 2000, Yıl: 3, S: 2, ss. 229-249.

Ko Dorothy, "The Body as Attire: The Shifting Meanings of Footbinding in Seventeenth-Century China", *Journal of Women's History*, Winter 1997, C: 8, S: 4, ss. 8-27.

Kumar Virendra ve Kanth Sarita, "Bride Burning", *Medicine, Crime and Punishment*, December 2004, C: 364, ss. 18-19.

Mackie Gerry, "Ending Footbing and Infibulation: A Convention Account", *American Sociological Review*, December 1996, C: 61, S: 6, ss. 999-1017.

Nar Mehmet Şükrü, "Kültürel Kimlik Sorunsalı: Görecelik mi, Evrenselcilik mi? Yoksa Uzlaşı mı", Antropoloji, 2019, C: 37, ss. 72-80.

Özenç Berke, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşıma Doğru", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, C: LXN, S: 2, ss. 145-166.

Rejali Saman, "From Tradition to Modernity: Footbinding and Its End (1839-1911) – the History of the Anti-Footbinding Movement and the Histories of Bound-feet Women in China", *Prandium- The Journal of Historical Studies*, Fall 2014, C: 3, S: 1, ss. 1-8.

Reznikov Natalie, Phillips Carina, Cooke Martyn, Garbout Amin, Ahmed Farah ve Stevens Molly M., "Functional Adaptation of the Calcaneus in Historical Foot Binding", *Journal of Bone and Mineral Research*, September 2017, C: 32, S: 9, ss. 1915-1925.

Seymen Çakar Ayşen, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Sati Geleneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S: 120, ss. 73-86.

Seymen Çakar Ayşen, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Kadının Cinsel Sakatlanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, S: 157, ss. 361-380.

Sussman Erika, "Contending with Culture: An Analysis of the Female Genital Mutilation Act of 1996", *Cornell International Law Journal*, 1998, C: 31, S: 1, ss. 193-250.

Wexler Lesley, "Allowing Girls to Hold up Half the Sky: Combining Norm Promotion and Economic Incentives to Combat Daughter Discrimination in China", *Chicago Journal of International Law*, Summer 2006, C: 7, S: 1, ss. 79-105.

Wilson Ann Marie, "How the Methods Used to Eliminate Foot Binding in China can be Employed to Eradicate Female Genital Mutilation", *Journal of Gender Studies*, 2013, C: 22, S: 1, ss. 17-37.

İnternet Kaynakları

Birleşmiş Milletler, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme", 1966, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/ Ekonomik SosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf/E.T. 09.06.2022.

Birleşmiş Milletler, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi", 1948, https://www.ohchr.org/ sites/default/files/ UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf/E.T. 09.06.2022.

Birleşmiş Milletler, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi", 1980, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/ KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf/E.T. 09.06.2022.

Birleşmiş Milletler, "Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi", 1966, 09.06.2022.

Council of Europe, "Discrimination and Intolerance", https://www.coe.int/en/web/compass/ discrimination-and-intolerance/E.T. 09.06.2022.

Fan Xinyu ve Wu Lingwei, "The Economic Motives for Foot-binding", Discussion Paper Series – CRC TR 224, Discussion Paper No. 187, Project A 03, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn-Universität Mannheim, June 2020, ss. 1-60, Hata! Köprü başvurusu geçerli değil./E.T.26.05.2021.

Maluleke Mikateko Joyce, "Culture, Tradition, Custom, Law and Gender Equality", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2012, C: 15, S: 1, ss. 1-22, file:///C:/Users/anaya/Downloads/75698-Article%20Text-172364-1-10-20120417%20 (2).pdf/E.T. 30.05.2021.

Smith Tiffany Marie, "Footbinding Chinese History", https://www.britannica.com/science/footbinding/E.T. 22.05.2021.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Declaration on the Elimination of Violence against Women", 1993, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx/E.T. 29.05.2021.

World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, /E.T. 28.04.2021.

Yuan Zhang, "Footbinding, Sexuality and Transnational Feminism", Master, Utrecht University Faculty of Humanities, June 2009, ss. 1-53, https://dspace.library.uu.nl/ handle/1874/ 36125/E.T. 28.05.2021.

TÜRK CEZA KANUNU'NUN 158/1-f ve 245/1. MADDELERİNDE DÜZENLENEN SUÇLAR ve BU SUÇLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ SORUNSALI

OFFENSES SPECIFIED IN ARTICLES 158/1-f and 245/1 OF THE TURKISH OENAL CODE AND THE QUESTION OF RELATION BETWEEN THEM

Mustafa ATALAN*

Özet: İnternetteki, banka işlemlerindeki ve en genel anlamda dijital dünyadaki ilerlemeler sonucu, değişen suç yapıları ve bu kapsamda gelişme gösteren bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarındaki nitelik farklılıkları ve işin doğası gereği ortaya çıkan karmaşık yapı; bu suçların yasal unsurlarını, bu suçlar arasındaki ilişkiyi ve uygulamada ortaya çıkan hukuki ve teknik sorunların farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmesini zorunlu hale getirmiştir. Bankanın maddi varlığı olan banka veya kredi kartının, nitelikli dolandırıcılık suçu dışında, başka bir suçun oluşması için temel kabul edilmesi, bu kartların kullanılması ile kart bilgilerinin kullanılması kavramları arasındaki yakın bağın sonucunda, bilişim sistemleri, internet, banka ve banka kartları ile ilgili hızla gelişen teknolojinin ve bu teknolojiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan teknik boşlukların ve toplumun, bu kavramlarla ilgili yönelen saldırıları karşılamadaki yetersizlikleri nedeniyle çoğalan ve derinleşen suç çeşitliliği karşısında, suçların vasıflandırılmasında sorunlar yaşanması ve sonuç itibariyle soruşturma ve yargılama süjelerinin değerlendirmelerinde farklılıklar ortaya çıktığının görülmesi karşısında, eylemlerin, vasıflandırılmasına ilişkin sorunların çözülmesi ve bu eylemlerin, hukuki kalıplar çerçevesinde analiz edilmesinde yarar görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Bilişim Sistemleri, Dolandırıcılık, Banka Kartı, Kredi Kartı, Haksız Menfaat

Abstract: Changing crime structures as a result of advances in the Internet, banking and, in the most general sense, the digital world, and qualitative differences in crimes of fraud and misuse of bank or credit cards by using information systems as tools within this scope, and the complex structure that emerged due to the nature of the business made it necessary to evaluate the legal elements of these crimes, the relationship between these crimes, and

---

* Bu makale, Etik Kurul iznine tabi değildir.

Dr., Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi Daire Başkanı, m.atalan4064@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6236-7981, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.01.2022, Kabul Tarihi: 21.04.2022

the legal and technical problems that arise in practice from a different perspective and the complex structure that arises due to the nature of the work, It has made it necessary to evaluate the legal elements of these crimes, the relationship between these crimes, and the legal and technical problems that arise in practice from a different perspective. Accepting the bank or credit card, which is the bank's tangible asset, as a basis for a crime other than aggravated fraud, as a result of the close connection between the use of these cards and the concepts of using card information, the rapidly developing technology regarding to information systems, internet, bank and debit cards and the technical gaps that arise in connection with this technology and the society, In the face of the increasing and deepening diversity of crimes due to their inability to meet the attacks on these concepts, In the face of problems in the characterization of crimes and, as a result, differences in the evaluations of the investigation and trial subjects, It has been found beneficial to solve the problems related to the qualification of actions and to analyze these actions within the framework of legal patterns.

Keywords: Information Systems, Fraud, Debit Card, Credit Card, Unfair Advantage

GİRİŞ

Gelişen teknoloji ve sosyal hayattaki karmaşanın artması ile birlikte, suçların niteliği ve ağırlığı, zaman içerisinde farklılık göstermeye başlamıştır. Bilişim sistemlerinin, bu kapsamda, internetin, sosyal medyanın, bankanın ve bilişime dair diğer olguların çeşitlenmesi ile doğru orantılı olarak, suç tiplerinde de karmaşıklık ve derinleşme olduğu gözlemlenmiştir.

İnsanoğlu var olduğu günden bugüne kadar, farklı suç tipleriyle karşılaşmış, bu suç tipleri, sosyal ve ekonomik koşullara göre zamanla çoğullaşmıştır. Hileli hareketlerle haksız menfaat temin edilmesi olarak tanımlanabilecek olan ve insanlığın tarihi ile eşdeğer olarak görülen dolandırıcılık suçu da zamanla gelişim göstermiş ve derinleşmiştir. Geçmişte, daha basit yöntemler uygulanırken, günümüzde, daha çeşitli ve yoğun nitelikte dolandırıcılık eylemleri gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte, suçun ve suçlunun tespitinde, daha zorlu ve teknik bir sürece girilmiş olunmaktadır. Bankaların ve bankacılık işlemlerinin çoğalması, işlemlerin bankalar ve bu bankaların sağladığı sistemler üzerinden gerçekleştirilmesi, internet sistemlerinin ve bu sistemlere ait türevlerin, hayatımızın en orta noktasında yer almaya başlaması, bir anlamda dijital dönüşümün sağlanması ve büyük oranda, sanal sistemlerin hayatımızın merkezine girmesi ile birlikte, maruz kalınan

teknik saldırılar artmış, bu saldırıları, karşılama imkânı da azalmış bulunmaktadır.

Dijital yaşamın gelişmesi sürecinde, suçun önlenmesi ile birlikte suçlunun tespiti de önem taşımaktadır. Geleneksel diye tabir edilen suçla mücadele yöntemlerinin kullanılması halinde, bu denli teknik suçların çözülmesi veya bu suçlarla mücadele edilmesi imkânı ortadan kaldırmaktadır.

Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu ile banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun yasal unsurlarının zaman zaman karıştığını, banka kartının veya kart bilgilerinin kullanılması sonucu haksız menfaat temin edilmesi ile internetin kullanılarak haksız menfaat temin edilmesi eylemlerinin iç içe geçtiğini ve bu suçların vasıflandırılmasında zorluk yaşandığını görmekteyiz. Suçun vasfının doğru tayin edilmesi, eylemin nitelendirilmesi, hangi mahkemeye kamu davası açılacağı ve suçun sübutu halinde, hangi cezanın tayin edileceğinin belirleme noktasında önem taşımaktadır.

Bu çalışmamızda, her iki suçun belli oranda yasal unsurlarını, bu suçlar arasındaki geçişkenliği ve yakın ilişkiyi ele aldıktan sonra, bu karmaşık yapı içerisinde yer alan uygulamadaki sorunları, bu sorunlara yargısal kurumların bakış açılarını ve belirtilen bu sorunlar ile ilgili çözüm önerilerimizi aktaracağız.

I. GENEL OLARAK

Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK'nın mala karşı işlenen suçlar bölümünde ve aynı Kanun'un 158/1-f maddesinde, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ise, bilişim alanında düzenlenen suçlar bölümünde ve aynı Kanun'un 245. maddesinde düzenlenmiştir.[1]

1 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 100 vd.; Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004. s. 15 vd; Kubilay Taşdemir; Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Cantekin Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 40 vd.; Ali Parlar, Türk Ceza Hukuku'nda Dolandırıcılık Suçları, Bilge Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2011, s. 20 vd.; Mustafa Atalan, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 200 vd.; Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala

765 sayılı TCK'da tam karşılığı bulunmayan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, Yargıtay tarafından, daha önce, mülga 765 sayılı TCK'nın 504/3. maddesi kapsamında nitelikli dolandırıcılık suçu olarak tanımlanmış iken[2] daha sonra, hilenin insana yönelmediği gerekçesiyle mülga TCK'nın 493/1. maddesi kapsamında kilit açmak suretiyle hırsızlık suçu veya hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak,[3] 06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle mülga TCK'ya eklenen 525/b-2 maddesi kapsamında ise bilişim suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[4] Yargıtay'ın ilgili daireleri[5] ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 1991 yılında yapılan yasal düzenleme sonrasında, eylemin, mülga TCK'nın 525/b-2 maddesi kapsamında kaldığını ifade etmişlerdir.[6]

TCK'da düzenlenen bilişim suçlarının yanı sıra, Kanun'un 124, 132, 135, 136, 138, 163, 226, 243, 244. maddelerinde düzenlenen suçların da bilişim sistemlerinin kullanılarak işlenebildiği görülmektedir.[7]

Dolandırıcılık suçu, hileli hareketlerle haksız menfaat temin edilmesi, hile ise, birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise veya entrika olarak tanımlanmaktadır. Bu hilenin, belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırması, bu yalanlara inanan mağdur tarafından fail veya başkasına haksız çıkar sağlanması ile hileli davra-

---

Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 363.; İsmail Ercan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 15 vd.; Gürsel Yalvaç; Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 10 vd.;

2 Yargıtay 11. C.D. 06.02.2008 tarih ve 2006/367;2008/504 E. K. "Kart ve şifresinin hile ile ele geçirilip karttan para çekilmesi eyleminin, mülga TCK'nın 504/3. Maddesi kapsamında kaldığı…"

3 Yargıtay 11. C.D. 16.12.2014 tarih ve 2004/1859;2004/9596 E. K.

4 Veli Özer Özbek, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C:9, Özel Sayı: 2007, ss.1009-1063. s. 1019-1020.

5 Yargıtay 11. C.D. 27.02.2012 tarih ve 2010/4234; 2012/2308 E. K. "Sanığın, 25.02.2005 tarihine kadar ölen babasının maaşını karttan çekme eylemi, mülga 765 sayılı TCK'nın 525/b-2, 80. maddeleri kapsamında kaldığı..."

6 Yargıtay C.G.K, 10.04.2002 tarih ve 2001/176-30; 2011/757. E. K. "Kart ve şifresinin hile ile ele geçirilip karttan para çekilmesi eyleminin, mülga TCK'nın 525/b-2. maddesi kapsamında kaldığı…", Berrin Bozdoğan Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 270.

7 Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, İstanbul, 2001, s. 616.; Akbulut, s. 60 vd.

nışın aldatacak nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Dolandırıcılık suçu, Roma hukukunda, "furtum" suçu, yani, mala karşı işlenen bir haksız fiil kapsamında cezalandırılmaktaydı.[8] Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ise, banka ve kart güvenliğini, en geniş anlamda ise, bilişim güvenliğini koruma amacıyla getiren bir düzenlemedir.[9]

Hileli hareketlerle haksız menfaat temin edilirken aynı zamanda, banka veya kartının kullanılması durumunda, suçtan zarar görenin kim olduğu, banka veya kredi kartının kullanılmasında, hilenin, suç vasfına nasıl bir etki gösterdiği, hilenin bulunduğu her durumda, dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı, her iki suç tipi arasında bir içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığı, genel norm veya özel norm bağlantısının, bu suçların analizinin yapılmasında nasıl uygulanacağı, bankanın ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçları arasında bağlantı bulunup bulunmadığı, mülkiyet hakkının ve bilişim sistemlerine olan güvenin korunmasının, suçla korunan hukuki yarar açısından yarışıp yarışmayacağı, suç ve ceza politikasının belirlenmesi açısından, hangi hükümlerin uygulanması durumunda kanunun amacına hizmet edileceği hususlarının belirlenmesi için, suçları teknik olarak ayırmak, değerlendirmek ve karşılaştırmak gerekmektedir.

---

8 Türkan Rado, "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* İstanbul, 1952, C:18, S:1-2, s. 483-485.; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 360-365.

9 Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 200 vd.; Hakan A. Yavuz; "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi,* Seçkin Yayınları, Ekim 2006, S. 2, s. 343-375; Abdurrahman Yılmaz, "Türkiye'deki Dolandırıcılık Tipolojileri: Dolandırıcılık Olaylarının Kategorik Tasnifi ve Yapılış Şekilleri", *Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi*, 2015, s. 14.; Osman Yaşar, Hamide Zafer/Nur Centel; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, C: I, s. 450 vd.; Yalvaç, s. 10 vd.; Veli Özer Özbek; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, C:2, s. 25 vd.; Sami Selçuk; Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayırımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986, s. 71.; Erman Özek/Sahir Erman, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996, s. 223; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 500 vd.; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, s. 400 vd.; Atalan, s. 200 vd.; Mesut Bilen, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya, 2012, s. 11.

İncelemeye konu her iki suçun yasal unsurları ile bu suçlara bakmakla görevli mahkemenin ve soruşturma usullerinin farklılık arz etmesi nedeniyle, belirtilen suçlar arasındaki yakın ilişkinin ortaya konulmasında, farklılıklarının belirlenmesinde ve yüksek yargı kararları arasındaki çelişkilerin giderilmesinde büyük yarar bulunmaktadır.

II. BİLİŞİM SİSTEMLERİNİN ARAÇ OLARAK KULLANILMASI SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU

A. Bilgisayar, İnternet, Bilişim ve Bilişim Sistemi Kavramları

Bilgisayar; bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem,[10] elektronik beyin veya veri iletişimini sağlayan makine, çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran, bilgileri depolayan, her türlü problemi çözme yeteneğine sahip elektronik araç, elektronik beyin veya veriler üzerinde dönüştürme işlemi yapan makine gibi anlamlara gelmektedir.[11] Bir anlamda, verilerin akışı ile donatılan bilgisayarlar, temelde, bilişim sistemlerinin ana mekanizmaları olarak görülmektedir. Bilgisayarların yaygınlaşması ve etkinliğinin büyümesi sonucu dijital platformların gelişim süreci ilerlemekte ve bu ilerleme ile birlikte, bilgi ve bu bilginin paylaşımı yaygınlaşmaktadır.

Bilginin ulaşılabilir olması, çeşitlenmesi ve iletişim ağlarının yüz yüze olmaktan ziyade, sanal ortamlara taşınması, iletişimdeki gizemi

---

10 Yargıtay C.G.K, 19.06.2007 tarih ve 2007/6-136; 2007/150 E. K.

11 R. Yılmaz Yazıcıoğlu; Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 26.; Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 19.; Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 11.; Yüksel Ersoy, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Ankara, 1994, C. 49, S:3, s. 150.; Cevat ÖzeL, "Bilişim Suçları İle İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı", *İstanbul Barosu Dergisi,* C.LXXV, S. 7, İstanbul, Eylül, 2001, s. 858.; Gazi Güder, Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, Kipaş Kitapçılık, İstanbul, 1986, s. 32.; Özlem Meltem Kurtaran/Faruk Çubukçu, Ansiklopedik Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 32.; Emin D. Aydın, Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, Doruk Yayınları, Ankara, 1992, s. 5.; Georges Ifrah, Hesabın Destanı: Rakamların Evrensel Tarihi VIII, Çeviren: Kurtuluş Dinçer, Tübitak Popüler Kitapları, Ankara, 2000, s. 99.; Hatice Akıncı/A. Emre Alıç, Cüneyd Er, "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", İnternet ve Hukuk, Yeşim Atamer (Editör), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, No: 51, s. 170-171.; Faruk Erem, "Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 1993, S:2, s. 179.

artırmış ve iletişim sorunlarının büyümesine neden olmuştur. Bilgisayar kavramıyla başlayan bu iletişim yolculuğu, teknolojinin baskın gelmesine neden olmuş, bireylerin, teknolojinin istismarı sonucu zarar görmesi gibi olumsuz etkilerin doğmasına yol açmıştır.

İnternet; "international" ve "network" kelimelerinden oluşan milletlerarası bir ağ anlamında kullanılan[12] bilgisayarların, birbirleri ile iletişim içerisinde olmalarını sağlayan, bilgiyi aktaran, yayan ve farklı bilgilere hızlı bir şekilde ulaşılmasını sağlayan uluslararası bir ağ sistemi [13] veya genel anlamda, bilgi paylaşım ağı[14] şeklinde tanımlanmaktadır. Bir anlamda internet, bilgisayarlar ve bilgisayar niteliğindeki makineler arasındaki iletişimi sağlayan ve tüm insanları aynı iletişim ağında tutan dijital bir mekanizma olarak görülebilir.

Bilişim; toplumun temel kaynaklarından olan bilginin sistemsel olarak işlenmesi, belli cihazlarda, farklı yöntemlerle depolanması,[15] saklanan verilerin elektronik ortamda işlendikten sonra, yüksek kalitedeki iletişim araçları ile aktarılması[16] ile işlenerek kullanır hale gelmesini ifade eden mesleki bir disiplin olarak tanımlanmıştır.[17] En genel anlamda, bilginin, elektronik cihazlar aracılığı ile işlenmesi olarak kabul edilmek-

---

12 Yenidünya/Değirmenci; s. 36.; Levent Kurt, Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Uygulaması (Açıklamalı-İçtihatlı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 41.; Ali Osman Özdilek, İnternet ve Hukuk, Papatya Yayınları, İstanbul, 2002, s. 13-14.

13 Yağmur Sönmez, Günümüz İnternet Ortamında Bilişim Suçları ve Türkiye'deki İnternet Haber Sitelerine Yansımaları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo, Televizyon ve Sinema Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 9.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 967.; Recep Yılmaz Yazıcıoğlu, "Bilişim Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi,* S:2, Ankara, 2004, s. 143.

14 Önder Demir; "İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, , Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 21-22 Mayıs 2001, s. 473.; İbrahim Keskin, "İnternet Servis Sağlayıcılarının (İSS) Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2010, C:84, S:5, s. 2925.; Fazıl Gürler, Teknik ve Hukuksal Yönleriyle Bilişim Alanında Suçlar, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 34.; Morris Sheridan, The Future of Netcrime Now: Part 1 – Threats and Challenges, Home Office Online Report 62/04, 2014, s. 6.

15 Yağmur Sönmez, s. 9.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 967.; Yazıcıoğlu, "Bilişim Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi,* s. 143-145.

16 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, C:5, s. 4643.

17 Kurt, s. 23.; Recep Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları ile, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 131.

tedir.[18] Bilişim ifadesi, ülkemizde, 1968 yıllarından itibaren yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.[19] 1989 yılında hazırlanan bir tasarıda, bu ifade kullanılmıştır. 3756 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle mülga TCK'ya eklenen 525/b-2 maddesi kapsamında, "Bilişim Alanında Suçlar" başlığını kullanılmasına rağmen madde metninde "bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla bap başlığı ile içerik birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da da bilişim kavramına ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır.[20] Dünyada da ilk olarak, bilişim ve bilişim suçu ifadesi, Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılmıştır.[21] Hazırlanan kanunlar, toplumun ihtiyaçları ve gelişmişlik düzeyiyle bağlantılı olarak tasarlanmaktadır. Ekonomik ve dijital alanlardaki gelişmişlik, mevcut kavramların tartışılması sonucunu doğurmakta ve bu kavramların yasal zeminde yer bulmasını sağlamaktadır. Bu çerçevede, ülkelerin bilişim alanındaki seviyesi, bilişim ve bilişime bağlı sorunların, o ülkede tartışılması sonucunu doğurmuştur.

Bilişim sistemi;[22] verilerin ana mekanizmalarda toplanmasıyla birlikte, otomatik bir işleme tabi tutulmasını gerektiren manyetik bir yapı,[23] verilerin toplanarak otomatik bir yapıda tutulması olanağı sağlayan sistem,[24] verilerin organize edilmesi sistemi,[25] veri iletişimiyle ilgili araçların tamamını ifade eden sistem[26] veya verileri aktaran manyetik özellikteki sistem olarak kabul edilmektedir.[27]

---

18 Yavuz Erdoğan, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, Legal Yayınevi, Ankara, 2012, s. 7.

19 Hayati Pallı, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008, s. 34

20 Emin D. Aydın, Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, s. 3.; Yenidünya, Değirmenci; s. 28.; Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 77.

21 Fatih Selami Mahmutoğlu, "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* İstanbul, 2001, C. 60, S. 1-2, s. 41-42.; Emin D. Aydın, Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, s. 13.; Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 73.

22 Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, s. 1217.; Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 125-130

23 Berrin Bozdoğan Akbulut, "Bilişim Suçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2000, C. 8, S. 1-2, s. 546.; Yeşim Atamer, İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 703.

24 İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.

25 Özbek; Doğan, Bacaksız; Tepe, s. s, 897.

26 Yenidünya; Değirmenci, s. 27.; Taşdemir, s. 243.

27 Şaban Cankat Taşkın, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 6; Kurt, s. 140.

20.09.2011 tarihli Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesine göre bilişim sistemi; veri işleme, iletme ve saklama imkânı olan bir sistem kabul edilmiştir.[28] Avrupa'daki kanunlarda genel olarak, tek bir bilişim suçu tanımlanması yerine, her bir eylem açısından, ayrı suç tanımları oluşturma yoluna gidilmiştir.[29] Bu şekilde, bilişim suçunun genel tanımlaması yerine, eylemlerin suça dönüşmüş formlarının tanımlanması tercih edilmiştir. Bilişim sistemlerinin nelerden oluştuğunu tek tek saymak mümkün olmamakla birlikte; tablet, ATM (Automated Teller Machine), POS (Point of Sale) ve telefonlar bilişim sistemi niteliğinde cihazlar olarak kabul edilmektedir.[30] Kanaatimizce, veri iletişimi sağlayan ve verileri depolayan bütün sistemler, en genel anlamda, bilişim sistemi olarak değerlendirilebilecektir. Bir başka bakış açısıyla, bilişim sistemleri, [31] bir faaliyeti desteklemek amacıyla kurulan bilgisayar donanımı, yazılımı ile kaynak paylaşımını gerçekleştirmek için bilgisayarları birbirine bağlayan ağlar (Network) [32] ve onları kullanan insanlardan oluşan bir bütün olarak kabul edilebilecektir. [33]

Bilgisayar, internet, bilişim ve bilişim sistemi kavramları, kendisini oluşturan teknik yapıdan bağımsız bir şekilde, fakat teknolojinin

---

28 Erdoğan, s. 16.

29 Sarzana di S. Ippolito Carlo, "Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması, İtalya'daki Durum", Çeviren: Vesile Sonay Daragenli, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, İstanbul, 1997, C. 55, S. 3, s. 390 vd.

30 Emin Gürsoy, Bilişim Yoluyla Dolandırıcılık ve Korunma Yöntemleri, Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar, 2015, s. 9.; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2010, s. 6800-6802.; İsmail Ergün, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 10.; Hüseyin Akarslan, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 29.; Cengiz Apaydın, "Bilişim Sistemindeki Verileri Yok Etme, Bozma, Erişilmez Kılma, Değiştirme, Hukuka Aykırı Olarak Verileri Yerleştirme veya Gönderme Suçu ile Bu Suretle Hukuka Aykırı Yarar Elde Etme Suçunun Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Kasım 2015, C. 10, S. 111, s. 17.

31 Kurt, s. 32.; Taşkın, s. 6.; Yenidünya; Değirmenci; s. 21-23.

32 Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 16-17.; Oğuz Turhan, Bilgisayar Ağları İle İlgili Suçlar (Siber Suçlar), T.C Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği Planlama Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2006, s. 4.; Akıncı; Alıç; Er, s. 158; Artuk/Gökcen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2015, s. 870.; Davut Özkul, "Bilişim Sistemi Kavramı ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi", *Sayıştay Dergisi*, Ankara, Ocak-Haziran, 2002, S:44-45, s. 20 vd.http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der44-45m2.pdf (erişim tarihi: 09/12/2021); Ersoy, s. 152

33 Kurt, s. s. 32.; Taşkın, s. 6.; Yenidünya; Değirmenci, s. 21-23.

hızlı bir şekilde ilerlemesiyle birlikte, zaman içinde farklı tanımlamalar içerisinde yer alabilecektir. Bir anlamda, içinde bulunulan zamandaki algılamalar, bilgisayarın ve bilgisayarı oluşturan etmenlerin sunduğu koşullara ve ihtiyaçlara verdiği cevaplara göre kategorize edilecektir.

Bilgisayarın ilk kullanılmaya başladığı yıllarda, bu kavramların genişliği ve sunduğu hizmetler ile günümüzde bu kavramlara yüklenen anlam ve derinlik, büyük oranda farklılık arz etmektedir. Bu kapsamda, dün, söz konusu verilerin yarattığı sorunlar ile bugün gerçekleşen bilişim saldırıları, etki gücü bakımından karşılaştırılamayacak derecededir. Bir anlamda, bir yandan bilişimin ve teknik çoğullaşmanın artması için yoğun çaba sarf edilirken, diğer yandan bu durumun, insanlar üzerinde yarattığı yoğun baskının olumsuz etkileri ile mücadele edilmektedir.

B. Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçunun Unsurları

Bilişim sistemleri, bütün imkânları ile toplumun yararına sunulmuş iken, gerçekleşen yoğun bilişim saldırıları ile toplum, tedirgin olmaya başlamış ve buna göre, bilişim güvenliği, her geçen gün daha fazla sorgulanmaya başlanmıştır.

TCK'da, sırf bilişim suçlarının yanı sıra bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık ve hırsızlık suçları da bulunmaktadır.[34] Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu çeşitli şekillerde karşımıza çıkarken, teknolojik ilerlemelerle birlikte, suç tipindeki çeşitliliğin ve karmaşanın daha da artacağı öngörülmektedir.[35]

---

34 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 423.; Mehmet Burak Kızıltan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemine Girme, Sistemi Engelleme ve Bozma Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 27 vd.; Sulhi Dönmezer, "Dolandırıcılık Cürmü", *İstanbul Barosu Mecmuası*, İstanbul, 1943, C:XVII, S:9, s. 546-565.; Recep Yılmaz Yazıcıoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İstanbul, 2005, C. 2, S. 2, s. 396.

35 Lessig Lawrence, Code and other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999, s. 85 vd.

TCK'nın 158/1-f maddesinde düzenlenen bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu, en önemli bilişim saldırılarından biri olarak kabul edilebilecektir. Bu suç tipi, merkezine; bilişimi, interneti, genel olarak bilişim sistemlerini ve bu sistemlerin kullanılarak yapılan hileli hareketlerle gerçekleştirilen haksız menfaati almaktadır.[36]

Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, bilişim sistemi, sadece bir araçtır.[37] Bu şekilde, gerçekleşen eylemlerde, sistemin kendisine yönelik doğrudan bir zarar bulunmamaktadır. Bu şekilde işlenen suçlarda, sistemin gizemi nedeniyle, daha geniş kitlelerin etkilenmesi ve mağdurun daha kolay kandırılması nedeniyle, bu şekildeki belli eylemler açısından, özel düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bilişim sistemlerin güvenle kullanılmasının sağlanması, fail yönünden, aynı anda hızlı ve kolayca birçok kişiye ulaşılması ve mağdurun kontrol imkânının daha fazla azaltılması nedeniyle, bu eylem, nitelikli bir suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suçun faili herkes olabilir. Suçun mağduru ise, bilişim sistemi araç olarak kullanılarak aleyhine haksız menfaat temin edilen kişi veya kişilerdir. Bu kapsamda, aracı kılınan bilişim sistemi yetkilisi, suçun mağduru değildir. Suçun konusu ise, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle ve hileli hareketlerle maddi bir haksız menfaat temin edilmesidir.[38]

Bağlı bir hareketli suç olarak kabul edilen dolandırıcılık,[39] temelde malvarlığına yönelen bir suç olmakla birlikte kişinin irade özgürlüğü-

---

36 Cüneyd Er, "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2004, s. 150-160.; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 10 vd.

37 Erdoğan, s. 103.; Olgun Değirmenci, "Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", *Legal Hukuk Dergisi*, Kasım 2003, S. 11, s. 2750.

38 Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 381.; Doğan Soyaslan, "Bilişim Alanında Suçlar", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara, 2009, C. 2, s. 1586-1587. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 378.; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 146.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 288.

39 Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 47

nü de hedef alan bir suç tipidir.[40] Bu çerçevede, manevi haksızlıklar veya manevi zararlar sonucu gerçekleşen dolaylı maddi zararlar, bu suç kapsamında yer almayacaktır. İradeyi hedef alan bu suç tipinde, bir iradenin varlığı aranacaktır. Suçtan zarar gören kişinin iradesi bulunmuyor ise, örneğin, akıl hastası ise veya yaş küçüklüğü nedeniyle, kendisine yönelen suçun hukuki sonuçlarını algılayamayacak derecede ise, var olmayan bir iradenin sakatlanmasından söz edilemeyeceği için, bu mağdurlara yönelik olarak nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmayacak, olayın meydana geliş şekline göre, hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı tartışılacaktır.

Hile, dolandırıcılık suçlarının, en temel özelliklerinden biridir. Hilenin bulunmadığı bir eylemde, bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Hilenin var olup olmadığı, her olayda, hâkim tarafından değerlendirilmelidir.[41] Söz konusu bu hilenin, mükemmel şekilde tasarlanmış bir hile olmasına gerek yoktur, fakat suçun işlenmesi ve mağdurun iradesini sakatlamaya elverişli olması zorunludur. Failin, hileli icra hareketleri neticesinde, mağdur kandırılmış ise, kural olarak, hilenin varlığı kabul edilecektir. Söz konusu eylem nedeniyle objektif olarak başkalarının kanıp kanmayacağı araştırılmayacaktır. Buna göre, failin hilelerinin yöneldiği mağdurun eğitim seviyesi, ekonomik ve sosyal durumu kural olarak dikkate alınmayacaktır. Örneğin, kendisini polis olarak tanıtan failin hilelerine, üniversite mezunu bir kişinin kanmaması gerektiği, bu nedenle suçun oluşmayacağı değerlendirmesi yerinde olmayacaktır.[42] Buna karşın, karşı tarafı kandırmaya yetmeyecek düzeyde olan ve çok basit yalan diye nitelendirilen eylemler, hile olarak kabul edilemeyecektir. Yargıtay, eski bazı kararlarında, "soyut yalan" ifadesini kullanarak, bu mahiyetteki yalanların

40 Sami Selçuk, "Dolandırıcılık Cürmünün Konusu", *Adalet Dergisi*, S:5, Ankara, 1981, s. 10-25.; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 688; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 180; Parlar, Türk Ceza Hukuku'nda Dolandırıcılık Suçları, s. 18; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 710; İzzet Özgenç; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 16; Faruk Erem/Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, 1994, s. 559; Hafızoğulları, Özen, s. 401.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 460.

41 Yargıtay C.G.K, 24.11.1998 tarih ve 280-359 E. K.

42 Diyarbakır B.A.M. 8. C.D. 22.10.2021 tarih ve 2021/1323; 2021/1286 E. K.

hile olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmekteyken,[43] yeni bazı kararlarında, da, soyut yalanların denetim olanağını ortadan kaldırmadığı gerekçesiyle suçun unsurlarının oluşmayacağına hükmetmiştir.[44] Buna karşın, Yargıtay'ın, çoğunlukla verdiği kararlarında basit yalan boyutunu çok az aşan eylemlerin de hile olarak kabul edildiği, hilenin denetim imkânını ortadan kaldırması gerektiği kavramını, dar olarak yorumladığı söylenebilecektir.[45] Bu konuda, hilenin ustalıklı olması gerektiği, örneğin, ihtiyatlı bir aile babasını aldatacak nitelikte olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, salt aldatılmayı esas alanlar da bulunmaktadır.[46] Bu çerçevede, kanaatimizce, hilenin, mağduru hataya sürükleyecek nitelikte olması yeterlidir, ortalama bir insanı hataya sürükleyecek nitelikte olması aranmayacaktır. Bu nedenle, bir eylemin hile teşkil edip etmediği muhataba ve olaya göre değerlendirilmeli, mağdur, failin hilelerine kanmış ise diğer şartların oluşması halinde, dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.[47]

Suçun işlendiği tarih, haksız menfaatin elde edildiği tarihtir, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, son icra hareketinin gerçekleştiği tarih, zincirleme suçlarda ise, en son haksız menfaatin temin edildiği tarih, suç tarihi olarak kabul edilecektir. Suçun işlendiği yer, haksız menfaatin temin edildiği yerdir. Bu kapsamda; hesaba para gönderme yoluyla temin edilen haksız menfaatlerde, paranın fail tarafından çekildiği yer, birden fazla çekim varsa, son kez çekildiği yer, para, henüz fail tarafından çekilmemiş ise, failin hesabının bulunduğu yer, suçun işlendiği yer olarak değerlendirilecek ve yetkili mahkeme, bu olgular çerçevesinde belirlenecektir. Yargıtay 15. Ceza Dairesi kararları da bu

---

43 Yargıtay 11. C.D. 30.05.2016 tarih ve 2016/7903; 2016/4981 E. K.; Yargıtay 11. C.D. 12.12.2013 tarih ve 2012/18885; 2013/19085 E. K.

44 Yargıtay 15. C. D. 22.12.2020 tarih ve 2018/5684; 2020/12785 E. K. "Sanığın katılanlara söylediği iddia edilen sözlerin hile boyutuna ulaşmayan basit yalan niteliğinde olduğu, katılanların basit bir araştırma ile bu yük nakli belgesinin piyasa değerini ve devir şartlarını öğrenebileceği, bu husustaki denetim imkanının ortadan kaldırılmadığı, sanığın soyut yalan boyutunu aşmayan eyleminin dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarını oluşturmadığı gözetilmeden, atılı suçtan sanığın beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi".

45 Yargıtay 15. C. D. 09.06.2021 tarih ve 2017/35645; 2021/6796 E. K.; Yargıtay 15. C. D. 16.03.2021 tarih ve 2017/32054; 2021/3070 E. K.

46 Sami Selçuk, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982, s. 94 vd.

47 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:1, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 457.

yöndedir.[48] Yargıtay 5. Ceza Dairesi de ilk kararlarında, paranın gönderildiği yerin, suç yeri olduğuna belirtmesine rağmen, son kararlarında, paranın çekildiği yerin, suç yeri olduğu, şeklinde kararlar vermiştir.[49]

5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi kapsamında, TCK'nın 158/1-f maddesi ile ilgili yargılama yapma görevi Ağır Ceza Mahkemesine aittir. Nitelikli dolandırıcılık suçlarının yapısı, yoğunluğu ve kovuşturma aşamasında etkili delil toplanmasının sağlanması amacıyla, Ağır Ceza mahkemelerinin görevli kılınması, suçla mücadele ve suçlunun tespiti açısından önemli bir ağırlık oluşturmaktadır.[50] Nitelikli dolandırıcılık suçunun zorluk derecesi ve teknik konular içermesi nedeniyle, bu suçların, Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanına bırakılması şeklindeki görüşlerin yerinde olmadığı kanaatindeyim. Daha önce, Sulh Ceza Mahkemelerinin görevine giren suçların da Asliye Ceza Mahkemelerine bırakılmış olması nedeniyle, bir anlamda, genel görevli mahkeme konumunun oluştuğu dikkate alınarak, nitelikli dolandırıcılık suçlarının da, bu mahkemelere bırakılması halinde, suç veya suçlunun tespitinde zaafiyet oluşacağı ve yargılamaların daha da uzayacağı endişesi oluşacaktır.

C. Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Türleri

1. İnternetten İlan Vermek Suretiyle Dolandırıcılık

İnternetten ilan verilerek, sahip olan ürünlerin satılması veya kiralanması, büyük oranda bir kolaylık sağlamakta, bu şekilde, daha fazla kişiye ulaşılarak, daha hızlı sonuç alınması mümkün olmaktadır. Ürünlerin gerçek, satıcı veya kiralayanların, yasal zeminde bulunması

48 Yargıtay 15. C.D, 16.06.2/2021 tarih ve 2021/5166; 2021/7129 E. K.
49 Yargıtay 5. C.D, 08.07.2021 tarih ve 2021/4060; 2021/3480 E. K.
50 Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007 s. 100 vd; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 111-113; Mustafa Ekinci/Sinan Esen, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s. 50.; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 199.; Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 186.; Yargıtay 15. C.D, 21.04.2015 tarih ve 2014/7107; 2015/24079 E. K.

durumunda, haksız fiil anlamında bir sorun oluşmamaktadır. Buna karşın, gerçek ilanlar içine gizlenen sahte ilanlarla, bireylerin mağdur edildiği de zaman zaman görülmektedir.

Sahte ilan vererek haksız menfaat temin etmek; bu suç kapsamında kalır. Bu suç, uygulamada en fazla, bu şekilde işlenmektedir. Fail, bu eyleminde, internetin kolaylığından yararlanarak haksız menfaat temin etmekte, internetin yarattığı cazibe alanında, mağduru hedef alarak kolaylıkla mağduru kandırmaktadır.[51] Failin, bilişim sisteminin temeli olan bilgisayara veya internete girip, onun kolaylığından yararlanarak mağduru dolandırması eylemi, maddedeki suçun oluşması için gerekli ön koşuldur. Bahse konu eylem, bu madde kapsamında değerlendirilerek, suçta ve cezada adalet ilkesi sağlanmakta, daha geniş kitlelere ulaşan ve internetin gizemini kullanan failin eylemi, bu şekilde nitelikli kabul edilerek, failin daha fazla ceza almasının yolu açılmaktadır.

Fail, internet ilanında bir ürün satacağını beyan etmesine rağmen, mağdura, ürün göndermemiş veya ilgisiz ve çok değersiz bir ürün göndermiş ise, eylem, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında kalacaktır. Buna karşın; failin istediği özelliklerde olmayan veya daha kalitesiz bir ürün gönderilmesi durumunda, kural olarak, taraflar arasında bir hukuki ihtilaf bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin, failin mağdura yeni bir ürün göndermesi gerekirken, gönderdiği ürün, geçen yıl piyasaya çıkan bir ürün ise; yine dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Bu durumda, mağdurun, hukuk mahkemesinde, ayıplı ifa hükümleri gereğince, dava açması gerekecektir, fakat fail, mağdura, bir cep telefonu

---

[51] Koca; Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 640-650.; Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 710-740; İsa Başbüyük, "Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılmasıyla İşlenmesi", *Ceza Hukuku Dergisi,* Ankara, Aralık 2010, S. 14, s. 178.; Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 459.; Recep Yılmaz Yazıcıoğlu "Dialler, Key Logger Programları-İnternet Bankacılığı Dolandırıcılığı", Bilişim Hukuku (Türkiye II. Bilişim Hukuk Sempozyumu, Bilişim Hukuku Toplantıları, Makaleler, Bilişim Yazıları, Mahkeme Kararları, Ulusal ve Uluslar arası Mevzuat) (Derleyen Mete Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 81-82.; Yargıtay 15. C.D, 12.12.2019 tarih ve 2017/9024 Esas, 2019/14866 Karar; Yargıtay 15. C.D, 02.12.2019 tarih ve 2019/7015; 2019/13602 E. K.; Yargıtay 15. C.D, 19.01.2015 tarih ve 2013/7231; 2015/635 E. K.; Yargıtay 15. C.D, 06.11.2017 tarih ve 2015/6443; 2017/22398 E. K.

göndermesi gerekirken, ilgisiz bir oyuncak göndermesi durumunda, diğer yasal koşulların da bulunması durumunda, failin suç işleme kastıyla hareket ettiği kabul edilmelidir.[52]

Eylemin, taraflar arasında hukuki ihtilaf mahiyetinde kalıp kalmadığını belirlemek açısından; fail ve mağdurun ayrıntılı olarak beyanlarının alınması, ilgili taşıma şirketinden sorulmak suretiyle, varsa, fail ve mağdur veya temsilcilerinin kim olduğu, bu kişiler arasındaki kargo işlemine ilişkin bütün kayıtların nelerden ibaret olduğu, failin, başka kişilere yaptığı gönderilere ait kargo bilgilerinin bulunup bulunmadığı, failin, gerçekte bir iş yerinin olup olmadığı, gerçekte belirttiği işi yapıp yapmadığı, buna dair ticaret kayıtları, vergi kayıtları, irsaliye ve faturaların ile diğer ödeme kayıtlarının kendisinden veya ilgili kurumlardan bulunup bulunmadığı, suç dönemi öncesi ve sonrasını da kapsayacak şekilde hesap hareketlerini gösterir banka kayıtlarının nelerden ibaret olduğunun araştırılması, failin, internet ilanı verdiği sayfanın çıktısının alınarak, ürün özelliklerinin ne şekilde açıklandığının belirlenmesi, failin, belirttiği işyerinde çalışan diğer kişilerin açık kimlik bilgileri ve adreslerinin tespit edilerek bilgi sahibi sıfatıyla dinlenilmesi, bütün delillerin toplanmasından sonra dosyanın ekleri ile birlikte kül halinde bir bilirkişiye tevdii edilerek, failin ticari kayıtları ve ödeme belgeleri ile birlikte gerçek bir ticari iş yapıp yapmadığı, failin, bu dosyadaki mağdurlara veya başka kişilere yönelik, ürünlerin bedelleri alındıktan sonra gerçekte bir ürün gönderimi yapıp yapmadığı, failin, fiilen çalıştırdığı veya internet üzerinden yürüttüğü bir ticari işi olup olmadığı, failin, ürünlerini kargo aracılığı ile gönderdiğini belirttiğine göre, kargolarda, gerçekte gönderim yapılıp yapılmadığı ve işyerinin yıllık bilançosunun ne olduğu, vergi kayıtlarının bulunup bulunmadığı ve yürütülen işlemlerin yasal olup olmadığı hususlarında denetime olanaklı bilirkişi raporu alınması gerekmektedir.

Failin eyleminin, gerçek bir ticari ilişki kapsamında, bir ürünün daha fazla fiyata satılması, mağdura gönderilen ürünün daha kalite-

---

52 Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 430-434.; Mahmut Koca, "Malvarlığına Karşı Suçlar", *Kazancı Hukuk Dergisi,* 2005, S. 5, s. 85; Ümit Sönmez, "Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Dolandırıcılık Suçu", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi,* C:1, S: 2, Diyarbakır, 2017, s. 52.; Yargıtay 15. C.D, 05.02.2015 tarih ve 2013/7793, 2015/3613 E. K.

siz bir ürün olduğunun belirlenmesi, mağdurun ürünü beğenmemesi üzerine, failin, parayı iade edeceğini belirtmesi veya teknik bir engel nedeniyle, ürünün gönderilememesi, şeklinde olması halinde, eylemin, taraflar arasında hukuki ihtilaf mahiyetinde kalacağı ve suçun yasal unsurlarının oluşmayacağı, buna karşın, failin, aynı mahiyette eylemleri herkese karşı yöneltmesi, bu durumu bir alışkanlık haline getirdiğinin tespit edilmesi, bu şekilde, ürünü hiç göndermemesi veya ilgisiz ve ucuz bir göndermesi ile baştan itibaren dolandırıcılık kastıyla hareket ettiğinin ortaya konulması halinde ise, suçun yasal unsurlarının oluşacağının dikkate alınması gerekmektedir.

Failin suç kastını belirlerken, failin ticari durumu, ilanın özellikleri, failin, ürün satışından önceki ve sonraki davranışları, failin, mağdura, kendi hesap numarasını veya kimlik bilgilerini verip vermediği, zararı giderdiği veya gidermek isteyip istemediği, başka soruşturmalarının bulunup bulunmadığı ve bu soruşturmalarda zararı giderip gidermediği gibi hususlar dikkate alınarak, ne şekilde suç işleme kastıyla hareket ettiğinin karar yerinde tartışılması zorunludur.[53]

Bilişim sistemi ön kabulüyle hareket edilmesi nedeniyle, salt, cep telefonundan arama yapmak suretiyle mağdurun dolandırılmasında, bilişim sistemi olarak değerlendirilemeyeceği için, bu nitelikli hal oluşmayacaktır. Buna karşın, internetten yapılan görüşme sonucunda, fail ve mağdurun, telefonla görüşmüş olması, bu nitelikli halin oluşmasına engel olmayacaktır.

Bu nitelikteki soruşturmalarda, failin kastı ve eylemin niteliği önemlidir. Fail, normal bir ticari ilişki içerisinde ve tüketici ile olan münasebetleri kapsamında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemiş veya mağdura ayıplı bir mal göndermiş ise, eylemin, hukuki ihtilaf bandında kaldığı değerlendirilecektir. Buna karşın, failin gönderdiği ürünün niteliği ve ticari kapasitesi ile suç kastına göre, suçun oluşup oluşmadığına bakılacaktır. Bu çerçevede, failin yaptığı işe ait kayıtlar getirtilmeli, failin, neden, bu şekilde bir ürün gönderdiğine ilişkin savunması alınıp, mağdurun zararını giderip gidermediğine ilişkin iradesi de belirlendikten sonra suç işleme kastı ile hareket edip etmediği ortaya konulacaktır.

---

53 Diyarbakır BAM 8. C.D, 25.10.2021 tarih ve 2021/1301; 2021/1303 E.K.

Fail, internet siteleri aracılığıyla ürün satışı için ilan verip, kendisini arayan mağdurdan kaparo alarak ortadan kaybolmuş ise, bu suçun oluştuğu kabul edilmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, fail, bu şekilde, mağdurla irtibat kurduktan sonra, mağdurla yüz yüze gelip hilelerine devam etmiş ise, artık burada, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması devreden çıkmış olacağı için, başka bir nitelikli halin bulunmaması halinde, eylem, TCK'nın 157/1. maddesi kapsamında basit dolandırıcılık suçu kapsamında kalacaktır.[54] Buna karşın, fail, mağdurla internet ile iletişim kurduktan sonra, başka bir iletişim aracıyla yeniden mağdurla görüşme yapmış olsa bile, bu durum, yüz yüze görüşme kapsamında sayılmayacağı için, bu nitelikli halin uygulanmasına engel oluşturmayacaktır.

Fail, internet siteleri aracılığıyla ürün satışı için ilan verip, kendisini arayan mağdurdan kaparo alarak ortadan kaybolmuş veya başkasının hesap numarasını mağdura vermek suretiyle, başkasının hesabı üzerinden parayı bankadan çekip haksız menfaat temin etmiş ise, hesap sahibinin de mutlaka dinlenerek faille olan irtibatı araştırılmalıdır. Hesap sahibi, faille eylem ve fikir birliği içerisinde hareket etmiş ise, her iki fail, iştirak hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Hesap sahibinin gerçekten olayla ilgisi yok ise, hesap sahibi açısından, suçun sübut bulmadığı kabul edilecektir.[55]

Faille mağdur arasında gerçekten de bir ürün satışı için pazarlık yapılmış, fail, dolandırıcılık kastıyla hareket etmeden, mağdurdan kaparo almış, fakat daha sonraki anlaşmazlıklar çerçevesinde kaporayı iade etmemiş veya iade edememiş ise, eylemin hukuki ihtilaf kapsamında kalıp kalmadığı ve failin suç işleme kastıyla hareket edip etmediği tartışılarak bir karar verilmelidir.[56]

---

54 Parlar, Türk Ceza Hukuku'nda Dolandırıcılık Suçları, s. 10 vd.; Remzi Gündüz, Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s. 680 vd.; Sinan Esen, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 351.; Yargıtay 15. C.D, 09.01.2018 tarih ve 2015/409; 2018/103 E. K.; Yargıtay 15. C.D, 15.04.2015 tarih ve 2014/6229; 2015/23713 E. K.

55 Ali Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 284.; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006, s. 973.; Yalvaç, s. 10 vd.

56 Abdurrahman Yılmaz, s. 345-355.

Mağdur, ilan üzerine faille telefonda görüşmesine rağmen, mağdur, yaptığı inceleme sonucunda failden şüphelenerek parayı göndermemiş ise, eylem teşebbüs aşamasında kalacaktır. Buna karşın, faille irtibat kuran mağdur, failin dolandırıcı olduğunu hemen anlamış ise, icra hareketleri henüz başlamadığından ve mağdurun denetim imkânı ortadan kaldırılmadığından, failin bu eylemi, hazırlık hareketleri olarak nitelendirilecektir.

İnternetten ilan verilerek haksız menfaat temin edilirken, söz konusu para, banka aracılığı ile gönderilse bile, bankanın bir ödeme aracı olarak kabul edilmesi nedeniyle, eylem, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu kapsamında kalacak, bankanın araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu, bu ihtimalde, uygulama alanı bulamayacaktır. [57]

TCK'nın 158/1-g maddesinde, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçu düzenlenmiştir. İnternet, bir basın ve yayın organı olmadığı gibi Basın Kanunu hükümlerine de tabi değildir. Bu nedenle, bu nitelikteki dolandırıcılık eylemlerinde, TCK'nın 158/1-g maddesi değil, aynı Kanun'un 158/1-f maddesi uygulanacaktır. Yargıtay 23. Ceza Dairesi, bazı eski kararlarında, eylemi, hatalı olarak, TCK'nın 158/1-g maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.[58] Yargıtay 15. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise verdiği bütün kararlarında, eylemin vasfını, TCK'nın 158/1-f maddesi olarak belirlemiştir.[59] TCK'nın 158/1-f maddesi, TCK'nın 158/1-g maddesine göre daha özel bir düzenleme olması nedeniyle, Yargıtay 15. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarının yerinde olduğu kanaatindeyim.

Failin internetten verdiği ilan çok soyut nitelikte ise, bu nitelikli hal oluşmayacaktır. Örneğin, fail, ilanda sadece "x marka aracımı satıyorum" demiş ise, satılan ürünün özelliklerini ortaya konulmadığı için bu ilan, nitelikli dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından yeterli olmayacaktır. Bunun dışında, ilanın asgari şartlara haiz olması gerekse de ilanda, bütün detayların bulunmasına gerek yoktur.

---

[57] Karşı görüş için bkz. Yargıtay 11. C.D, 17.11.2009 tarih ve 2009/17151; 2009/14287 E. K.

[58] Yargıtay 23. C.D, 13.04.2015 tarih ve 2015/1927; 2015/570 E. K.

[59] Yargıtay C.G.K, 17.01.2017 tarih ve 2015/15-867; 2017/13, E. K.; Yargıtay C.G.K, 16.04.2013 tarih ve 2012/15-1407; 2013/140 E. K.

Bu kapsamda, mağdur, ilana inanıp, parayı faile göndermiş ise, mağdur açısından inandırıcılığın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Kanaatimizce, yargı süjelerinin yapması gereken tek şey, belli detayları içeren bir internet ilanı olup olmadığını araştırmak ve tespit edilen bu ilanı, dosyaya yansıtmaktır. Buna karşın, Yargıtay, bazı kararlarında, söz konusu ilanın inandırıcı nitelikte olup olmadığını, verilen ilanın sadece mağdura ulaşmada yardımcı olduğunu, ilanın içeriği itibariyle, mağdura yönelik hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde ve bu şekilde mağdurun aldatılmasında bir kolaylık sağlamadığını belirterek, eylemin, basit dolandırıcılık suçu kapsamında kaldığını değerlendirmiştir.[60]

Suçun vasfını bu şekilde belirledikten sonra, suçu işleyen failin kim olduğu, internetteki ilanın kim tarafından verildiği veya paranın kim tarafından çekildiği de büyük önem arz etmektedir. Buna göre, Bilgi Teknoloji Kurumu veya ilgili servis sağlayıcılar vasıtasıyla belirlenecek olan IP adresi ve diğer delillerin toplanarak faile ulaşılması gerekecektir.[61] İnternet kullanımı, bir internet kafede olmuş ise, ilgili internet kafenin güvenlik kamerası kayıtlarına el konularak veya ilgili işyerindeki kullanıcı kayıtları incelenerek sisteme kimin giriş yaptığı araştırılacaktır.

Fail, paranın kendisi tarafından bankadan çekilmediğini iddia ediyor ise, banka kayıtları ile paranın çekildiğine ve ödeme yapıldığına dair makbuz asılları getirtilerek, belirtilen belgelerdeki yazı ve imzanın failin eli ürünü olup olmadığı araştırılmalıdır, gerekirse bankadaki güvenlik kamera kayıtları da incelenmelidir.

Fail, internet yoluyla ilan verdikten sora mağdurla telefonla görüşmüş ise, söz konusu telefon numarasının kimin adına kayıtlı olduğu ve fiilen fail tarafından kullanılıp kullanılmadığı hususları araştırılmalı, hat sahibinin, hesap sahibinden farklı biri olduğu tespit edilir ise,

---

60 Karşı görüş için bkz. Yargıtay 15. C.D, 16.04.2015 tarih ve 2013/10471; 2015/23856 E. K.; Yargıtay 15. C.D, 02.02.2015 tarih ve 2014/25733; 2015/1703 E. K.

61 Boğaç Erkan/Murat Songür, Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, Hacettepe-Taş Yayınevi, Ankara, 1999, s. 282; İçel, s. 480.; Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, s. 82-83.; Hasan Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 24; Özdilek, İnternet ve Hukuk, s. 13.; Ahmet Gül, Doğrudan/Dolaylı Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 29-30.; Yargıtay 15. C. D. 01/03/2017; 2014/16335; 2017/6855 E. K.

faille arasındaki irtibat araştırılmalı, hat, faile ait olmasına rağmen, fail, hattın kendisine ait olmadığını iddia ederse, ilgili abonelik sözleşmesi altındaki imzanın veya yazılan yazıların, gerçekten faille ilgisinin olup olmadığı kriminal yönden araştırılmalıdır.

Fail, mağdura, başkasının hesap numarasını vermiş ve mağdurun gönderdiği parayı bir başkası çekerek faile vermiş ise, parayı çeken kişi ile fail arasındaki iştirak iradesi tartışılmalıdır. Bu kişinin de fail tarafından kandırılmış olabileceği hususu, göz önünde bulundurulmalıdır.

Fail, A kişisini internetten dolandırırken, A kişisi, faile gönderdiği parayı, başkasından alıp faile göndermiş ise, suç, paranın alındığı üçüncü kişiye karşı değil, failin hilesine muhatap olan A kişisine karşı işlenmiş olacaktır.[62] Dolandırıcılık suçunda geçerli olan bu kural, "muhatabiyet kuralı" olarak nitelendirilebilecektir. Böylece, suçun, failin hilelerine maruz kalan ve iradesi sakatlanan kişiye karşı işlendiği kabul edilecektir.

Hırsızlık suçlarında, paranın, failin hâkimiyet alanına girmesi, suçun tamamlanması için bir ön koşul olarak aranırken, dolandırıcılık suçlarında, mağdur, parayı banka aracılığı ile faile gönderdikten sonra, fail, henüz parayı çekmese de, para, failin hâkimiyet alanına girdiği için, banka, hesaba bloke koymuş olsa bile, kanaatimizce suç tamamlanmıştır ve icra hareketleri bitmiştir.[63] Bu aşamadan sonra, failin hesabına geçen paraya, banka tarafından bloke konulması, mağdurun zarara uğramasının önlenmesine yönelik bir işlemdir. Bu nedenlerle, paranın, failin hesabına geçtiği anda, suç tamamlandığını kabul etmek gerekir.

5237 sayılı TCK'ya hâkim olan ilke gerçek içtima olduğundan, bunun sonucu olarak, "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusu olacaktır. Bunun istisnaları, Kanun'da suçların içtimaı bölümünde, TCK'nın 42., 43. ve 44. maddelerinde belirlenmiştir.[64]

---

62 Aras Türay, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İstanbul, 2010, s. 1686.; Zekeriya Yılmaz/İsmail Ergün, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 16.

63 Veli Özer Özbek,"Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2008, s. 105.;

64 Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", *Ankara Üniversitesi*

5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesi kapsamında, aynı suç işleme kararıyla Kanun'un aynı hükmünün değişik zamanlarda birden fazla kez ihlal edilerek haksız menfaat temin edilmesi halinde ve aynı Kanun'un 43/2. maddesine göre de aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Fail, aynı suç işleme kastıyla hareket ederek ve farklı zaman dilimlerinde, aynı mağdura karşı birden fazla kez hileli hareketler sergileyerek haksız menfaat temin ederse ya da aynı anda karşısındaki birden fazla kişiye, aynı sözleri söyleyerek onları kandırmak suretiyle haksız menfaat temin ederse; zincirleme dolandırıcılık suçu oluşacaktır. TCK'nın 43/2. maddesi kapsamında, zincirleme suçun tespitinde önemli olan, sanığın hileli hareketlerini aynı anda bütün mağdurlara yapıp yapmadığıdır. Sanık, mağdurlara yönelik hileli hareketleri aynı anda gerçekleştirdikten sonra, mağdurlar, değişik tarihlerde haksız menfaati temin edip sanığa vermiş olsalar bile mağdur sayısınca suç oluşmayacak, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. [65] Bu çerçevede, fail, yapılan ilan üzerine, mağdurdan maddi bir menfaat istedikten bir süre sonra değişik nedenlerle yine maddi menfaat isterse ve mağdur her iki seferde de parayı faile gönderirse veya ilk seferinde para gönderdikten sonra yaptığı araştırma sonucunda ikinci sefer parayı göndermekten vazgeçerse, bu şekilde, ikinci seferde, icra hareketleri yarıda kalırsa, her iki durumda, eylemin, zincirleme olarak işlendiği kabul edilerek, TCK'nın 43/1. maddesi hükümleri uygulanacaktır.[66] Bu kapsamda; Fail, A kişisini internetten dolandırıp parasını aldıktan sonra, ertesi gün yine aynı kişiden, hileli hareketlerle para alır ise, diğer yasal koşulların bulunması halinde, zincirleme suç hükümleri gereğince nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır, fakat fail, A kişisini dolandırdıktan sonra, başka bir zaman diliminde, B kişisinden para alarak B kişisini dolandırırsa, mağdur sayısınca iki ayrı suç oluşa-

---

Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2012, S.61, ss.43-67, s. 43.; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 432.; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 497.

65 Diyarbakır BAM 8. C.D, 16.05.2022 tarih ve 2022/809; 2022/850 E. K.; Türkan Yalçın Sancar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S:70, ss. 244-259., s. 250 vd.

66 Diyarbakır BAM 8. C.D, 24.11.2021 tarih ve 2021/1425; 2021/1442 E. K.¸ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul, 2008, s. 100 vd.; Yargıtay 15. C.D, 11.03.2015 tarih ve 2013/9413; 2015/22368 E. K.; Yalvaç, s. 10 vd.

caktır, zira bu suçun mağduru, aleyhine haksız menfaat temin edilen kişidir. Fail, A ve B kişisine karşı hileli hareketlerini tek bir eylemle birlikte ve aynı anda yöneltirse, TCK'nın 43/2. maddesi çerçevesinde, zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır.[67]

Fail A, internetten ilan verdikten sonra, fail B, birlikte suç işleme kararı icrası kapsamında, mağdurun gönderdiği parayı çekerse ve bu paradan kendisine pay alırsa, her iki failin de iştirak hükümleri çerçevesinde nitelikli dolandırıcılık suçundan sorumlu olduğu kabul edilecektir.[68]

2. Sosyal Medya Araçlarının Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık

Sosyal medyanın, zaman içinde, hayatımızın temelini teşkil ettiğini, sosyal hayatımızın, dijital platformlarda sunulan dijital hayatlara dönüştüğünü söylemek, kaçınılmaz bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Bu dönüşüm, tanınmayan farklı kişilere daha kolay ulaşılmasını sağlamakta, içerisinde gizem ve teknik detayların bulunduğu bu ortamda, bireylerin daha fazla yanıltılması sonucunu doğurmaktadır.

Belirtilen sosyal medya araçlarının şifresini kırmak suretiyle haksız menfaat temin edilmek suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, uygulamada sıkça görülmektedir. Facebook, Twitter, MSN, Skype gibi internet veri tabanlı sosyal paylaşım programlarından, farklı biri gibi tanıtılarak haksız menfaat temin edilirse,[69] eylem, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında kalacaktır.[70]

Uygulamada, failin, mağdurun şifresini ele geçirerek ya da şifresini kırmak suretiyle, sosyal medya içeriğine girdiği, burada bulunan

---

67 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 230-232.

68 Meral Ekici Şahin, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara, 2015, C:64, S:3, s. 649

69 Dursun Eser, "Sosyal Medya Aracılığıyla İşlenen Suçlar (Geniş Anlamda Bilişim Suçları)", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2014, C:9, S:24, s. 381.

70 Johannes Wessels; Thomas Hillenkamp, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, (Çevirenler: Yener Ünver, Ali Kemal Yıldız, Özlem Yenerer Çakmut, Tepe Tepe, Ayhan Aygörmez, Ozan Bektaşoğlu), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 104.; Gökhan Taneri, Uygulamada Örnek Hükümlerle Dolandırıcılık Suçları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 38 vd.

kişilerle sanki mağdurmuş gibi mesajlaştığı ve bu kişilerden para ya da başka bir maddi menfaat talebinde bulunduğu görülmektedir. Bu şekildeki dolandırıcılık türüne, "ortadaki adam saldırısı" da denilmektedir.[71] Bu kapsamda; fail, mağdurun, sosyal medya şifresini ele geçirip, mağdur A'nın arkadaşları olan başka mağdurlardan para isterse ve bu mağdurlar da parayı faile gönderirlerse, öncelikle, sosyal medyaya izinsiz girme eylemi nedeniyle, kural olarak, TCK'nın 243/1. maddesi kapsamında, bilişim sistemine izinsiz girme suçu oluşacaktır. Buna karşın, sosyal medya sistemine girilirken; sistemin işleyişi engellenir veya bozulursa, TCK'nın 244/1. maddesindeki bilişim sisteminin işleyişini engelleme ve bozma suçu oluşacaktır. Fail, sosyal medyaya izinsiz girerken; sistemdeki verileri bozar, yok eder, değiştirir, şifreyi karmık suretiyle erişilmez kılar, sisteme veri yerleştirir veya var olan verileri başka bir yere gönderirse, bu durumda da TCK'nın 244/2. maddesindeki suç oluşacaktır. TCK'nın 244. maddesinde yer alan fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarı oranında artırılır.[72] Failin, başkasının sistemine girmek suretiyle başkalarından para isteyip aleyhlerine haksız menfaat temin ettiği mağdurlara karşı da gerçek içtima hükümleri çerçevesinde mağdur sayısınca, TCK'nın 158/1-f maddesindeki nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği kabul edilecektir.[73]

Fail, başkasının sosyal medya adresinden birden fazla mağdura yönelik olarak toplu mesaj göndermek suretiyle haksız menfaat temin ederse, fail açısından, TCK'nın 43/2. maddesi uygulanabilecektir. Buna karşın, fail, her bir mağdura yönelik olarak kısa aralıklarla da olsa ayrı ayrı mesaj atıp hileli hareketler sergileyerek haksız menfaat temin ettiği takdirde, kanaatimizce, diğer yasal unsurların da bulunması şartıyla, her bir mağdura yönelik olarak ayrı ayrı suçun işlendiği

71 Ufuk Gürçam, İnteraktif Dolandırıcılık, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İletişim Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2008, s. 98.

72 Sacit Yılmaz, "5237 sayılı TCK'nın 244. Maddesinde Düzenlenen Bilişim Alanındaki Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara, 2011, S:92, s. 74.; Atalan, s. 430. 451-452. Yargıtay 8. C.D, 16.03.2015 tarih ve 2014/33504, 2015/13751 E. K.

73 Umut Eker, "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara, Ocak-Şubat 2006, S: 62, s. 124.; Yargıtay 15. C.D, 15.01.2015 tarih ve 2014/22952; 2015/514 E. K.; Yargıtay 15. C.D, 19.01.2015 tarih ve 2013/7059; 2015/664 E. K.

kabul edilmelidir. Özellikle Alman hukukunda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, “doğal hareket tekliği” kavramı olarak nitelendirilen ve aralarında sıkı ilişki bulunan farklı hareketlerin tek bir hareket olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[74]

Doğal hareket tekliği, doğal anlamda birden fazla hareketin bulunması ihtimalinde bile, bu hareketlerin hukuken birlik oluşturması nedeniyle tek bir hareket olarak kabul edilmesidir.[75]

Yargıtay hırsızlık ile ilgili kararlarında, doğal olarak tek olmayan fiillerin, hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle TCK’nın 43/2. maddesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.[76] Kanaatimizce, her bir mağdura ayrı ayrı mesaj atılarak haksız menfaat temin edilmesi olayında, fail, mağdurlara yönelik olarak ve ayrı ayrı hileli hareketler sergilemek suretiyle haksız menfaat temin etmektedir. Her bir mağdura yönelik hareketin yakın zaman aralıklarında diliminde olması nedeniyle, doğal hareket ilkesi kapsamında, eylemin, tek suç veya zincirleme suç kapsamında değerlendirilmesi sonucu doğmayacaktır. Failin birden fazla kişiye mesaj atması eylemi, zaman ve mekân yönünden birbirine yakın görünse bile aralarında sıkı ilişki bulunan eylemler niteliğinde kabul edilmemelidir. Örneğin Yargıtay 8. Ceza Dairesi, kararlarında farklı bankalara ait sahte kredi kartlarının kullanılması durumunda, suçun mağdurunun kartı basan banka olduğu kabul edilerek, farklı bankalara ait kartların aynı anda ve aynı zaman diliminde kullanılması durumunda bile banka sayısınca suç oluşacağını kabul etmiştir.[77] Bu çerçevede, mağdurların birbirine yakın olmadığı bir olayda, failin, mağdurlara kısa aralıklarla mesaj atarak haksız menfaat temin ettiği bir koşulda, eylemler arasında zaman birlikteliği bulunmadığı ve mağdur sayısınca suç oluşacağı kanaatini taşımaktayız.

---

74 Soner Demirtaş, “Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Yıl:7, S:28, Ekim, 2016, ss. 129-144, s. 130.

75 Çetin Akkaya, “Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* Yıl: 7, S:13, Haziran 2019, ss. 1-38, s.8., 12.

76 “Cami ayakkabılığında bulunan mağdurların ayakkabısını çalmasında kuşku bulunmadığından, doğal olarak tek olmayan bu fiillerin, hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesi, bu fiilin birden fazla kişiye karşı işlenmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 142/1-a maddesinden verilecek cezanın aynı Kanun’un 43. maddesinin 2. fıkrasının yollamasıyla, aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca artırılması yerine mağdur sayısınca iki kez mahkûmiyet kararı verilmesi, Yargıtay 6. C. D. 23.02.2022 tarih ve 2021/7254; 2022/2258 E. K.”

77 Yargıtay 8. C.D. 20.04.2022 tarih ve 2021/9109; 2022/6301 E. K.

Bu suçun oluşması için, failin, mağdura ait sosyal medya şifresini kırması gerekmemektedir.[78] Şifrenin kırılmaması ve hileli hareketlerle haksız menfaat temin edilmesi durumunda, diğer yasal koşulların bulunması şartıyla, suçun oluştuğu kabul edilmelidir.[79]

Bu eylemlerle ilgili olarak soruşturma yürütülürken, mağdurun ifadesinin alınması, mağdura, hangi internet sitesi aracılığı ile faille irtibat kurduğu, bu ilanın halen var olup olmadığı, söz konusu ilana istinaden para gönderip göndermediği, faili hangi telefon numarasından aradığı, hangi hesap numarasına para gönderdiği ve olaya ilişkin tanıklarının bulunup bulunmadığı sorulmalı, failin, ilan için giriş yaptığı internet sitesinin ilgili ekranının bir çıktısı dosyaya konulmalıdır. Bu ilan siteden kaldırılmış ise, ilanın bir örneği, 5651 sayılı Kanun kapsamında tanımlanan ve hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten ilgili yer sağlayıcıdan temin edilmeli ve varsa, mağdurun ödeme yaptığına dair makbuz ya da dekont evraka eklenmelidir. Para çekildiği belirtilen hesap numarası ile mağdurun, faille irtibat kurduğu telefon numarasının kime ait olduğu araştırılmalıdır. Fail, gönderilen parayı bankadan ya da bankamatikten çekmiş ise, buna dair görüntü kayıtlarının olup olmadığı ile zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı araştırılmalıdır. Servis sağlayıcılardan, olayın gerçekleştiği zaman diliminde, failin modeminin aktif olup olmadığı, aktif ise, hangi IP adresi ile internete bağlandığı, bu saatler arasında failin modemi aktif değil ya da başka bir IP adresi kullanılıyor ise, söz konusu IP adresinin, kim tarafından kullanıldığının talep edilmesi ve gerekli görüldüğü takdirde uzman bilirkişiden rapor alınması gerekmektedir. [80]

D. Nitelikli Dolandırıcılık Suçunda Yaptırımın Belirlenmesi

Bu suç tipinde, temel cezanın belirlenmesi, haksız menfaat miktarının kesin olarak belirlenmesine bağlı olduğundan, bu miktarın kesin olarak belirlenmesi zorunludur. Zararın tespitinde, zincirleme olan suçlar da dâhil olmak üzere, toplam menfaat miktarı dikkate alınmalıdır. Teşebbüs aşamasında kalan eylemlerde, fail, haksız olarak istediği

---

78 Diyarbakır BAM 8. C.D, 17.11.2021 tarih ve 2021/1453; 2021/1429 E. K.; Yargıtay 15. C.D, 16.04.2015 tarih ve 2013/10583; 2015/23794 E. K.

79 Yargıtay 8. C.D, 04.03.2015 tarih ve 2014/21911; 2015/12995 E. K.

80 Yargıtay 15. C.D, 18.02.2015 tarih ve 2015/1963; 2015/20840 E. K.

parayı mağdura söylemiş ise, bu miktarın esas alınması gerekirken, istenilen para mağdura söylenmeden durum ortaya çıkmış ise, temel gün para cezası, 5 gün olarak belirlenecektir.

TCK'nın 158/1-f, son maddesine göre, temel ceza, 4 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ve suçtan elde olunan haksız menfaatin iki katından az olmayacak şekilde belirlenecektir. Buna göre tespit edilecek gün sayısı üzerinden arttırma ve eksiltmeler yapıldıktan sonra ortaya çıkacak sonuç gün sayısı ile bir gün karşılığı olmak üzere, aynı Kanun'un 52. maddesi uyarınca, 20-100 TL arasında takdir olunacak miktarın çarpılması neticesinde sonuç adli para cezası belirlenecektir.

Fail, mağdurun hileyle zararına sebebiyet verdiği bir olayda, fail bu zararın bir kısmını, yargılama sırasında karşılasa bile, haksız menfaatin tespitinde, baştaki zarar miktarı esas alınacaktır. Zararı kısmi gideren fail hakkında, koşullarının bulunması halinde, ancak TCK'nın 168. maddesi gereğince etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.[81]

Örneğin, haksız menfaat miktarının 1.000 TL olduğu bir olayda, temel ceza açısından gün para cezası belirlenecekse ve daha sonra, belirlenen bu gün para cezası, TCK'nın 52/2. maddesi gereğince 20 TL üzerinden adli para cezasına çevrilecekse, gün para cezası, asgari hadden ve 100 gün olarak belirlendikten sonra, gerekli olan artırım ve indirimler bu miktar üzerinden yapılacaktır. Daha sonra, belirlenen bu gün para cezası, adli para cezasına çevrilecektir. Söz konusu bu miktar, haksız menfaat miktarının iki katından az da olsa, sonuç ceza, menfaatin iki katına çıkartılmayacaktır ve belirlenen bu ceza, sonuç ceza olarak kabul edilecektir. [82]

III. BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU

A. Banka Kartı, Kredi Kartı ve Kart Hamili Kavramları

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun konusu olan banka veya kredi kartları kavramları ile ilgili tanımlamalara, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3/e maddesinde

---

81 Yargıtay 15. C.D, 15.05.2017 tarih; 2014/25321; 2017/10813 E. K.
82 Yargıtay 15. C.D, 18.05.2017 tarih; 2014/24507;2017/11094 E. K.

yer verilmiştir.[83] Buna göre, banka kartı, mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dâhil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart olarak ifade edilmektedir.[84] Banka kartı sayesinde ve banka tarafından sunulan şifre ile bankacılık işlemlerinin bizzat kart hamili tarafından yürütülmesi ve banka nezdindeki hesaba ulaşılması sağlanmaktadır.[85]

Kredi kartı ise, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kart veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarası olarak tanımlanmıştır.[86] Kredi kartı ile ödeme yapmadan mal veya hizmet alınabileceği gibi nakit para çekme imkânı da bulunmaktadır.[87] Banka veya kredi kartının mülkiyeti bankaya ait olsa da, kullanım hakkı, kartın hamiline aittir.[88] En genel anlamda kredi kartı, bankalar ve kart çıkarmaya yetkili kuruluşların, müşterilerine belirli limitler dâhilinde açtıkları krediler ile nakit kullanmaksızın mal veya hizmet alımı veya nakit kredi çekme olanağı sağlamak için verdikleri ödeme aracı olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, kredi kartlarının, ödeme aracı ve kredi aracı olarak kullanıldığı ifade edilebilir.[89] Kredi kartı sayesinde, para bulundurma yükünden kurtulan bireyler, bir anlamda, ödeme gününe kadar, faiz ödemeden taksitle kredi kullanmış olmaktadırlar.[90]

Bu sistemde, kredi kartını çıkaran banka veya kurum, kart hamili ve üye işyerinden oluşan üç taraf vardır. Kart hamili, kart hizmetinden yararlanması gereken kişidir.[91] Kartın, mülkiyeti bankaya ait olduğu için, TCK'da yer alan "kart sahibi" ifadesi yerine, "kart hamili" ifadesinin kullanılması daha doğrudur.[92] Kart çıkaran kuruluş ise, 5464

83 Özbek/Doğan/Bacaksız; Tepe, s. 1002-1004.
84 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. s. 1003.
85 Dülger, Bilişim Suçları, s. 427-428.
86 Nurullah Aydın, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 385.; Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. 1003.; Dülger, Bilişim Suçları, s. 428.
87 Mustafa Ekinci, Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2002, s. 13-20.
88 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1004.
89 Mustafa Ekinci, Açıklamalı, Gerekçeli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 10 vd.
90 Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. s. 1004.
91 Yaşar; Gökcan; Artuç, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2014, s. 7342.; Taşkın, s. 6; Kurt, s. 68.; Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. 1005.
92 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 1006.

sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında, banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşlar olarak tanımlanmıştır.[93]

Banka veya kredi kartları, gelişen teknolojinin sonucu olarak yeni dönemdeki dijital materyaller olarak karşımıza çıkmaktadır. Değişen bu teknoloji karşısında da farklı suç tipleri ihdas edilme yoluna gidilmiştir.[94]

5464 sayılı Kanun'un 4. maddesinde; kartlı sistem kurma, kart çıkarma, üye işyerleri ile anlaşma yapma, bilgi alışverişi, takas ve mahsuplaşma faaliyetleri için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan izin alınması gerektiği ifade edilmiştir. Kanun'un 3. 4. ve diğer maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, banka veya kredi kartı çıkarmanın, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluşunun izin verdiği banka veya kredi kuruluşlarına ait olduğu ifade edilebilecektir.

5464 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, kartlı sistem kuruluşu, banka kartı veya kredi kartı sistemi kuran ve bu sisteme göre kart çıkarma veya üye işyeri anlaşması yapma yetkisi veren kuruluşları, kart çıkaran kuruluş ise, banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşları, şeklinde tanımlanmıştır. Uluslararası kartlı sistem kuruluşları ile kartı çıkaran kuruluşlar arasında yapılan lisans sözleşmesi ile kartı çıkaran kuruluş, kartı basma yetkisine sahibi olduğu gibi ilgili sistem kuruluşlarının logolarını da kullanma hakkına sahip olmaktadırlar. Dünyada, Amerikan Express, Japan Credit Bureau, Diners Club, Master Card ve Visa şeklinde kartlı sistem kuruluşları bulunmaktadır.[95]

93 Oğuzhan Buhur, Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 26., Eyüp Yılmaz, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 12.

94 Akbulut, "Bilişim Suçları", s. 547; Eylem Baş, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 91.; Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 36.; Ramazan Doğan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2.; Ahsen Kaya/Umut Erdar Bilgin/Abdullah Mollaoğlu/Aytaç Koçak/Ekin Özgür Aktaş, "Türkiye Genelinde Bilişim Yolu İle İşlenen Dolandırıcılık Suçu" İzmir, Temmuz, 2013, s. 101-105. 187057 (dergipark.org.tr) (erişim tarihi: 22/12/2021)

95 Mehmet Emre Yıldız, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 31-33.; Ömer Teoman, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul, 1996, s. 17.; Sedat Yetim, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Sermaye Piyasası Kurumu Yayınları, Ankara, 1997, s. 55.

Banka veya kredi kartları, nakit ve kredi ihtiyaçları için kullanılırken, belli bir şifre ve yöntem esasına göre korunmaktadır. Kartların güvenliği de kartı çıkaran kurum tarafından sağlanmaktadır. Kartlar, kişiye özel olarak hazırlanmakta ve sadece ilgilisinin kullanması için, kart sahibine gönderilmektedir.

Bankaların maddi varlığı olan kartların sistemsel açıklarından yararlanan kişilerin, zaman zaman kart sahipleri aleyhine haksız menfaat temin ettikleri görülmektedir. Uygulamada, kartların fiziki olarak kaybolması, çalınması, gasp edilmesi, hileyle ele geçirilmesi, emaneten verilmesine rağmen iade edilmemesi, kart şifrelerinin başkaları tarafından hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kart bilgilerinin ele geçirilmesi suretiyle kartın içeriğine ulaşılması ve bilgisayar veya diğer verilere hukuka aykırı ulaşılarak kart ve hesap bilgilerinin ele geçirilmesi şeklinde yöntemler uygulanarak haksız menfaat temin edilmektedir. Bu yöntemler, zaman ilerledikçe gelişmekte, toplumun, dijital saldırılara hedef olma riski de artmaktadır.

İnternet, bilişim ve kart güvenliği sorunsalının ortaya çıktığı bir bağlamda, bu güvenliği sağlayacak mekanizmalarının sürekli yenilenmesi, sistemsel açıkların bırakılmaması ve suçla mücadele için bilişim ve teknik anlamda donanımların geliştirilmesi kaçınılmaz olarak görülmektedir.

B. TCK’nın 245/1. Maddesi Kapsamında Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçunun Unsurları

Bankacılık işlemlerinin, buna bağlı olarak banka ve kredi kartları faaliyetlerinin, banka ve hesap sahibi arasında oluşturulan bir güven ve teknik şifreleme esasına dayalı olarak yürütüldüğü dikkate alındığında, bu güvenin korunması, mülkiyeti bankaya ait olan kartların, donanımsal olarak sistemli bir teknik alt yapıya kavuşturulması, kopyalama, çalınma ve diğer saldırılara maruz kalındığında, kullanıcıların hukuksal olarak en üst düzeyde korunması önem arz etmektedir.

Bilişim suçları, 14.06.1991 tarih ve 3765 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile yapılan değişiklik sonrası, mülga 765 sayılı TCK’ya 525. maddeden sonra gelen 11. fıkranın eklenmesiyle hukuk sistemimizdeki yerini almıştır.[96]

96 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 520; Ayşe Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Analiz Basım Yayın, İstanbul,

TCK'nın 245. maddesinde 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, maddeye 2. ve 4. fıkralar, 06.12.2016 tarih ve 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle de 5. fıkra eklenerek madde, bugünkü duruma gelinmiştir.[97]

TCK'nın 245. maddesinin 1. fıkrası; kartın rıza dışında kullanılmasını, 2. fıkrası; sahte kart üretilmesi, satılması, satın alınması, devredilmesi veya kabul edilmesini, üçüncü fıkrası; sahte olarak oluşturulan kartın kullanılmasını, dördüncü fıkrası, şahsi cezasızlık hallerini, beşinci fıkrası da TCK'nın 168. maddesine atıf yapan etkin pişmanlık hükümlerini düzenlemektedir.

Bu suç, [98] kart veya kart bilgilerinin ön planda olduğu ve bilişim alanında düzenlenen teknik[99] ve aslında, dolandırıcılık, hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının, banka veya kredi kartı ile işlenmesi durumunda uygulanan özel bir suç tipidir.[100]

Madde gerekçesine göre, madde, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alınmıştır. Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Bu kart, saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini sağlamaktadır. Kredi kartları ise, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan araçtır. İşte bu kartların kötüye kullanılmaları, söz konusu maddede suç olarak tanımlanmıştır.[101]

2002, s. 281; Ali Osman Özdilek, Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 168.; İsmail Ergün, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum, s. 75; Taşkın, s. 6.; Köksal Bayraktar, Banka ve Kredi Kartlarının Doğurduğu Ceza Hukuku Sorunları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 200 vd. ; Sacit Yılmaz, "Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara, 2010, S. 87, s. 264-265.; Tezcan; Erdem, Önok, 16. Baskı, s. 1034.

97 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 998.
98 Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, s. 277.
99 Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, s. 277.
100 Kurt, s. 179.; Koca; Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 827.
101 Taşdemir, s. 317.; Koca; Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 827-828.

Maddeye göre, aşağıdaki şekillerde gerçekleştirilen hareketler bu suçu oluşturmaktadır:

a-Başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırtılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması.

b-Aynı fiilin, aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırtılması; söz gelimi kartı sahibine vermekle görevli banka memurunun kartı kendi veya başkası yararına kullanması.

Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç hâline getirilmeleri uygun görülmüştür.[102]

Maddenin üçüncü fıkrası; başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması durumunda cezalandırılmasına dair hükümleri düzenlemektedir. Bu düzenleme ile oluşturulan sahte kartın kullanımı cezalandırmaktadır.[103]

Başkasına ait banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, kart sahibinin rızası olmaksızın kullanılması veya kullandırılması halinde, TCK'nın 245/1. maddesindeki suç oluşacaktır. Bu şekilde, "Her ne suretle olursa olsun" ifadesinin kullanılmasındaki amacın bir bileşik suç yaratılması olmadığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, bu maddedeki suçun oluşması için rıza dışı kullanılan kartın, bir suç sonucu ele geçmesi aranmayacaktır. Bununla birlikte, kart, suç oluşturan bir eylem sonucu ele geçirildikten sonra ayrıca kullanılır ise, kartın ele geçiriliş şekline göre gerçek içtima hükümlerine göre ayrı bir suç oluşacaktır. [104]

---

102 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 998.

103 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1025.; Yılmaz, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", s. 828.

104 Fahri Gökçen Taner, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara,

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun konusu, banka veya kredi kartlarıdır. Bu kartlar dışındaki kartlar, madde kapsamı dışındadır.[105] Söz konusu suç, bilişim suçu olarak düzenlenmiş olsa bile, daha çok topluma karşı işlenen bir suç olduğu değerlendirilmektedir. Bu kapsamda; suçla korunan hukuki yarar, karma bir özellik gösterip, bilişim, banka ve toplum güvenliği ile kişilerin malvarlığı değerlerini korumak olarak ifade edilebilecektir. Bazı yazarlar, bu suçun, salt malvarlığına karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. [106] En genel anlamda, kasten işlenebilen bu suçla korunan hukuki yarar, kişilerin mal varlığı değerleri ile kartlı ödeme sistemlerinin ve bu şekilde kamu güveninin sağlanması olarak değerlendirilebilir.[107]

Suçun faili, herkes olabilirken, suçun mağduru, kart hamili olan gerçek veya tüzel kişilerdir.[108] Bu çerçevede, suçun mağdurunun toplum, suçtan zarar gören kişinin kart sahibi olarak ifade edilmesi gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktadır.[109] Suçun konusu, sadece banka veya kredi kartları olduğu için, banka veya kredi kartları dışındaki kartların hukuka aykırı olarak kullanılması durumunda, belirtilen suç oluşmayacaktır. Alman Ceza Kanunu'nda ise, ödemeyi yapan bankanın mağdur olduğu kabul edilmiştir.[110] TCK'nın 245/2 ve 245/3.

2007, C:56, S:2, ss. 75-81.; Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 355.; Erdoğan, s. 295., Malkoç, s. 2093., Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. 1006.

105 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1002.

106 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 999.; Taşdemir, s. 318; Yıldız, s. 103.

107 Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 436-450; Esen, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar- Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 648.; İbrahim Şahbaz, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, C:2, s. 2762.; Güneş Okuyucu Ergün, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1067, hj p://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/ viewFile/5000001567/5000000641, (erişim tarihi: 11/12/2021); Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, s. 656.; Koca; Üzülmez; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 79-82; M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır/Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 287

108 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1005.

109 Tuğrul Katoğlu, "Banka ve Kredi Kartlarının Kullanımı ile İlgili Suçlar", Hukuki Açıdan Banka Kartı ve Kredi Kartı Sempozyumu, Bankalararası Kart Merkezi (BKM) Yayını, 23-25 Ekim 2009, s. 37.

110 Feridun Yenisey; Plagemann, GoĴ fried, Alman Ceza Kanunu StrafgeseĴ buch (StGB), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 391-392.

maddesindeki suçların mağduru ise, kartı basma yetkisine sahip olan bankadır. Bu ihtimalde, adı geçen mağdurun, kamu davasına katılma hakkı olması nedeniyle, bu hususta, bankaların, kamu davasına katılmak isteyip istemediklerinin sorulması gerekmektedir.[111] Buna karşın, TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçla ilgili yapılan yargılamaya, kartı basma yetkisine sahip olan bankanın katılma hakkı bulunmamaktadır. Bankanın kartı üretmesi veya kart hamiline daha sonra ödeme yapmakla yükümlü olması hususları, bankanın belirtilen suçtan doğrudan zarar gördüğü anlamına gelmeyecektir.[112] Buna karşın, banka tarafından üretilen banka veya kredi kartının, kartın sahibi olan ve bankanın muhatap olarak kabul ettiği kart hamiline tesliminden önce ele geçirilmesi suretiyle menfaat temin edilmesi halinde, suçun mağduru, kartın teslim edileceği kişi değil, ilgili banka olacaktır. Bu koşulda, mağdur banka olduğuna göre, örneğin, kart sahibi adına, iki farklı bankaya ait ve iki kartın, kart sahibine teslim edilmeden önce kullanılması halinde; banka sayısınca, TCK'nın 245/1. maddesindeki suç oluşacaktır. Bu kartlar, değişik zamanlarda, birden fazla kez kullanılır ise, banka sayısınca iki kez, TCK'nın 245/1, 43/1. maddesindeki suç oluşacaktır.

Bankanın maddi varlığı olan banka veya kredi kartından kart hamilinin rızası dışında harcama yapılması eyleminde, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında nitelikli dolandırıcılık suçu değil aynı Kanun'un 245. maddesi kapsamında banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun unsurları oluşacaktır.

Banka veya kredi kartının; hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi halinde örneğin, kartın çalınması, hileyle alınması veya gasp edilmesi durumunda, fail, menkul bir mal olarak kabul edilen kart nedeniyle, bu suçlardan sorumlu tutulurken, suça konu kart, ayrıca kullanılmış ise, gerçek içtima hükümleri gereğince, banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçundan da sorumlu tutulacaktır. TCK'nın 245/1. maddesindeki suçun oluşması için kart ele geçirildikten sonra yarar sağlamaya yönelik icrai hareketlere başlanılması gerekir, kullanıma yönelik icrai hareketler yoksa, TCK'nın 245. maddesindeki suç oluş-

111 Yargıtay 8. C.D, 21/10/2019 tarih ve 2018/1823; 2019/12600 E. K.

112 Yargıtay 8. C.D, 17/10/2019 Tarih ve 2018/873, 2019/12550 E. K.; Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. 1017.

maz. 245. madde, yazılış tarzı itibariyle, banka ya da kredi kartının failin eline hukuka uygun yollardan geçmesi halinde doğabilecek duraksamaları gidermek istemiş ve bu ele geçirme hukuka uygun olsa bile, kartın rıza dışında kullanımı halinde, söz konusu suç oluşacaktır.

TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suç, kural olarak kart hukuka uygun yollarla ele geçirilmiş ve daha sonra kullanılmış ise oluşacaktır. Bu maddede kullanılan kart, sahte değil, gerçek bir kart olmalıdır.[113] Kartın sahte olması durumunda, TCK'nın 245/2-3. maddeleri gündeme gelecektir.[114]

Sahte olarak üretilen kart nedeniyle, banka sayısınca, TCK'nın 245/2. maddesi, bu kartın alışverişte kullanılması halinde de ayrıca, banka sayısınca TCK'nın 245/3. maddesi uygulanacaktır. Sahte kart üretme veya bulundurma suçunun mağdurunun banka olması nedeniyle, sahte olarak üretilen kartlar farklı bankalara aitse, banka sayısınca suç oluşacaktır. Aynı şekilde, sahte olarak üretilen bir bankaya ait kart, aynı suç işleme kastıyla değişik zamanlarda kullanılır ise, fail hakkında, TCK'nın 43/1. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. [115] Kanaatimizce, TCK'nın 245/2 ve 245/3. maddelerinde düzenlenen suçların mağdurunun banka olması, bir kartın kullanılması sonucunda birden fazla bankanın aynı anda mağdur olamayacağı dikkate alınarak, bu koşulda, TCK'nın 43/2. maddesi uygulanamayacaktır. Buna karşın, TCK'nın 245/1. maddesindeki suçun mağduru kartı kullanılan hesap sahibi kişi olarak kabul edilmesi nedeniyle,[116] tek bir mağdura ait birden fazla kartın aynı zaman diliminde kullanılması durumunda, tek suç oluşacak, bu kartlar, aynı suç işleme kastıyla değişik zamanlarda kullanılır ise, fail hakkında, TCK'nın 43/1. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.[117] Bu ihtimalde de, banka kartının tek kişiye ait olması ve

---

113 Veli Özer Özbek, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", s. 1028.

114 Mahmutoğlu, "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu", s. 874; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1009; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, s. 6802.; Koca; Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 828; Yılmaz, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", s. 269.

115 Yargıtay 8. C.D, 14.10.2019 tarih ve 2019/11632; 2019/12206 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 12.10.2021 tarih ve 2021/7036; 2021/18929 E. K.

116 Erdoğan, s. 300.; Yargıtay 8. C.D, 04.12.2019 tarih ve 2019/14961, 2019/14232 E. K.

117 Yargıtay 8. C.D, 02.12.2019 tarih ve 2018/4960; 2019/14025 E. K.

suçun mağdurunun kart hamili olması nedeniyle, aynı anda ve birden fazla mağdura yönelik haksız menfaat temin edilemeyeceği dikkate alınarak, bu koşulda da, TCK'nın 43/2. maddesi uygulanamayacaktır.

Kart kullanılmasına rağmen, failin, söz konusu kullanıma baştan itibaren bütün yönleriyle rıza gösterdiğinin ispat edilmiş olması halinde, suçun yasal unsurları oluşmayacaktır. Failin, buna ilişkin bir iddiasının bulunması halinde, rızanın bulunup bulunmadığı kesin olarak belirlendikten sonra sonuca ulaşılmalıdır. Kart, failin elinde ne şekilde bulunursa bulunsun, mağdur, söz konusu kartın tamamen veya kısmen kullanımına baştan itibaren rıza göstermemiş ise, suçun oluştuğu kabul edilecektir. Bununla birlikte, mağdur, kartın kullanımına kısmen rıza göstermiş olmasına rağmen, fail, karttan daha fazla kullanım gerçekleştirmiş ve bu durum ispat edilmiş ise, bu nedenle de failin sorumluluğu cihetine gidilecektir. Failin, kart hamilinin rızası olmadan kartı kullanmasından sonra, mağdurun sonradan rıza göstermesi, eylemi, suç olmaktan çıkarmayacaktır. Burada söz konusu olan rıza, suçun tipiklik unsurunu ifade etmektedir. Bu çerçevede, kart hamilinin rızasının bulunmaması koşulu, bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan ziyade, suçun yasal unsuru olarak değerlendirilmelidir. Mağdurun, kart kullanımına ilişkin baştan itibaren rızasının varlığının tespiti halinde, fail hakkında, eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığı gerekçesiyle, 5271 sayılı CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat hükmü tesis edilmelidir.

Kartı kullanan fail, söz konusu işlem nedeniyle kendisi veya başkası lehine bir yarar sağlamamış ise, örneğin, yapılan harcama sonucu, ürün faile teslim edilmemiş veya yapılan işlem iptal edilmiş ise, TCK'nın 158/1-f maddesindeki hazırlık hareketi ve icra hareketi değerlendirilmesinden farklı olarak, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.[118]

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, diğer suç tipleri ile yakın bir ilişki içindedir. Bu kapsamda;

Fail, baştan itibaren kurduğu düzenekle, mağdurun kartını bankamatikte sıkıştırıp kartı ele geçirmiş ise, bu eylem, hırsızlık suçu

118 Adem Sözüer, "Suça Teşebbüs", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 1993, s. 335; Ziya Koç, TCK'nın 245. maddesinde Düzenlenen Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 94.

kapsamında kalır, çünkü fail burada kartı mağdurdan gizli olarak almaktadır ve onun iradesini etkileyecek hileli bir davranış sergilememektedir.[119] Fail, kartı çaldıktan sonra bir de kullandıysa, bu durumda, gerçek içtima hükümlerine göre, TCK'nın 245/1 ve 141. veya 142. maddeleri uygulanacaktır.[120] Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu; TCK'nın 245. maddesi ile birlikte gerçek içtima hükümleri çerçevesinde, ayrıca, hırsızlık ya da dolandırıcılık suçlarının oluşacağını, kartın ele geçirilip kullanılmadığı durumlarda; sadece dolandırıcılık veya sadece hırsızlık suçlarından hüküm kurulacağını, kartın ele geçirilmesi için icra hareketlerine başlanılmış ama kart engel nedenlerden dolayı ele geçirilememiş ise hırsızlığa veya dolandırıcılığa teşebbüs suçlarının oluşacağını belirtmiştir. Buna göre, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, failin, kurduğu düzenek ile ATM'ye para çekmek için gelen mağdurun şifresini öğrenmek suretiyle kartını ele geçirip harcama yapması durumunda, ekonomik değeri bulunduğundan kuşku bulunmayan menkul mal niteliğindeki banka kartı ile başka bir ATM cihazına gidip para çekmesi şeklinde gerçekleşen eylemin, banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunu da oluşturacağını kabul etmektedir. [121]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kartın ele geçirilmesi aşamasına kadarki eylemlerin, başka bir suç teşkil etmesi durumunda, bu aşamaya kadar olan eylemlerin, yasadaki karşılığı ne ise, failin, o suç nedeniyle cezalandırılacağını, 245/1. maddesindeki suçun oluşması için, kart ele geçirildikten sonra, yarar sağlamaya yönelik icrai hareketlere başlanılması gerektiğini ve bu çerçevede, failin kurduğu düzenek sayesinde, para çekmek için bankamatike gelen mağdura ait kredi kartını, sıkıştığı ATM'den gizlice alma eyleminin, hırsızlık suçunu oluşturduğunu ifade etmiştir.[122]

Failin kartı rızayla emaneten alıp uzun süre vermemesi eylemi, güveni kötüye kullanma suçunu, aldığı bu karttan, hakkı olmadığı

---

119 Volkan Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Malatya, 2015, C:1, s. 606.; Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, C:3, s. 2533.; Yargıtay 8. C.D, 24.06.2019 tarih ve 2017/23937; 2019/8782 E. K.

120 Yargıtay 8. C.D, 03.03.2015 tarih ve 2014/21028, 2015/12900 E. K.

121 Yargıtay C.G.K, 30.03.2010 tarih ve 2010/65; 2009/177761 E. K.

122 Yargıtay C.G.K, 2010/11-17; 2010/65 E. K.

halde para çekmesi eylemi ise, ayrıca, TCK'nın 245/1. maddesindeki suçu oluşturacaktır.[123]

Fail, mağdurun kartını, mağdura cebir ve tehdit uygulamak suretiyle ele geçirmiş ise, bu eylem, yağma suçu kapsamında kalır, çünkü fail burada kartı mağdurdan zorla almaktadır. [124] Eğer fail, kartı bu şekilde aldıktan sonra, karttan, para çekerse veya kartla alışveriş yaparsa, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde, hem yağma suçu hem de TCK 245/1. maddesindeki suç oluşacaktır.[125]

Fail, mağdurun yanına yardım etme bahanesiyle yaklaşıp mağdurun elinden kartı hileyle alırsa, buraya kadarki eylem, diğer koşulların bulunması halinde, dolandırıcılık suçu kapsamında kalır, çünkü fail burada, ekonomik bir değeri olan kartı hileyle ve mağdurun iradesini sakatlayarak almaktadır.[126] Eğer fail, kartı bu şekilde aldıktan sonra, karttan para çekerse veya kartla alışveriş yaparsa, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde hem dolandırıcılık suçu hem de TCK 245/1. maddesindeki suç oluşacaktır.[127] Kartın hileyle alınmasından sonra kart kullanılmamış ise, yasal koşulların bulunması halinde, eylem, salt dolandırıcılık suçu kapsamında kalacaktır.[128]

Failin, mağdurun kartını alıp kullanmaya yönelik hareketi bulunmayıp, hedefinin sadece paraya yönelik olması, menkul mal niteliğinde olan paranın, zilyedinin rızası dışında alıkonulmak istenmesi durumunda, hırsızlık suçunun tartışılması gerekecektir.[129] Örneğin; mağdurun, ATM'den para çektiği sırada, yanına gelen failin, bankamatikte bekleyen mağdura yardım etmek bahanesiyle, paranın içeride sıkışmasını sağladıktan sonra çektiği olayda, hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü failin buradaki amacı kartı almaya yönelik değil, şifresini mağdurun girdiği karttaki parayı almaktır. [130]

Failin, katılan tarafından başka birinin hesabına havale edilmek

---

123 Yargıtay 8. C.D, 26.09.2019 tarih ve 2018/443, 2019/11423 E. K.

124 Yargıtay 8. C.D, 24.06.2019 tarih ve 2017/23819; 2019/8778 E. K.

125 Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. 1018.

126 Yargıtay C.G.K, 10.04.2018 tarih ve 2014/8-412; 2018/160 E. K.

127 Özbek; Doğan; Bacaksız; Tepe, s. 1018.; Aksi görüş için bkz.; Dülger, Bilişim Suçları, s. 254-255.; Kurt, s. 164.

128 Yargıtay 8. C.D, 25.04.2014 tarih ve 2013/11896, 2014/10721 E. K.

129 Başbüyük, s. 157; Ersan Şen, "Hırsızlık Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2012, S:3, s. 325

130 Yargıtay 8. C.D, 24.06.2019 tarih ve 2017/25392; 2019/8705 E. K.

üzere zilyetliği devredilmeksizin verilen parayı, kendi hesabına aktarması eylemi, TCK'nın 142/2-e maddesi gereğince bilişim sistemlerinin aracı kılınması suretiyle hırsızlık suçunu oluştur. Çünkü bu ihtimalde, suç işlenirken başkasına ait bir banka veya kredi kartını kullanılmamıştır.[131]

Fail, bir şekilde temin ettiği kart numarasını, son kullanma tarihini ve güvenlik numarası bilgilerini "mail order" sistemiyle kullanarak bir mağazadan alışveriş yaparsa, eylem, bir bütün olarak banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacaktır.[132]

Kartın fiziki olarak ele geçiriliş biçimine göre, ayrı suç oluşacağı kabul edilse bile, salt kart bilgilerinin hile ile ele geçirilmesinde, dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Zira dolandırıcılık, hırsızlık ve yağma gibi suçlar, mala karşı işlenen suçlardır. Bu kapsamda; salt bu bilgi, mal veya eşya olarak değerlendirilemez. Buna karşın, salt kart bilgilerinin gizlice veya hileyle ele geçirilmesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirme suçu kapsamında değerlendirilecektir.[133]

Fail, kartı ele geçirmeden, salt bu kart bilgisiyle harcama yaparsa, ortada fiziki kart bulunmasa bile, eylem, TCK'nın 245/1.maddesindeki suçu oluşturacaktır. Kredi kartı bilgilerinin kullanılması suretiyle alışveriş yapma eylemi, 5464 sayılı Kanun gereğince, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamındadır.[134] Yargıtay da fiziki olarak kartın kullanılması ile kart bilgilerinin kullanılmasını eşdeğer olarak kabul etmektedir.[135]

Mağdurun, internetten beğendiği bir eşya için, failin hesabına banka yoluyla havale yapmasından sonra, failin ortadan kaybolması eyleminde, fail ile mağdur yüz yüze görüşmemiş ise, eylem, TCK'nın

---

131 Yargıtay 8. C.D, 23.02.2015 tarih ve 2014/21928, 2015/12389 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 14.04.2014 tarih ve 2013/14226, 2014/9376 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 12.05.2014 tarih ve 2014/294, 2014/12046 E. K."; Yargıtay 8. C.D, 15.05.2014 tarih ve 2013/15064, 2014/12495 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 12.06.2014 tarih ve 2014/6554, 2014/14590 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 28.04.2014 tarih ve 2013/17672, 2014/10752 E. K.

132 Yargıtay 8. C.D, 07.04.2014 tarih ve 2014/460, 2014/8823 E. K.

133 Murat Volkan Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İstanbul, 2016, C:3, S:2, s. 130 vd.

134 Ramazan Doğan, s. 161.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1007.; Yargıtay 8. C.D, 11.11.2019 tarih ve 2019/2841, 2019/13487 E. K.

135 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1004. Hasan Gerçeker, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4755.; Yargıtay 8. C.D, 17.10.2019 tarih ve 2018/833; 2019/12557 E. K.

158/1-f maddesi kapsamında, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturur. Buna karşılık, fail ile mağdur yüz yüze gelmiş ise, eylem, TCK'nın 157. maddesi kapsamında, basit dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. Eğer bu olayda, fail, mağdurun kredi kartı bilgilerini alarak harcama yapıp ortadan kaybolmuş ise, eylem, daha özel bir düzenleme olan TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında değerlendirilecektir

5464 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca, kartın fiziki olarak kullanımı gerekmeyip, kart bilgilerinin kullanılması yeterli olduğu cihetle; katılana ait kredi kartı bilgilerini ele geçiren failin, katılana ait kredi kartı bilgilerini kullanarak mail order sistemiyle değişik tarihlerde birçok kez alışveriş yaparak haksız yarar sağlaması eylemi, zincirleme banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacaktır.[136]

Fail, kart bilgilerini hukuka aykırı olarak ele geçirmiş ve fakat bu bilgileri hiçbir yerde kullanmamış ise; eylem, salt TCK'nın 136. maddesi kapsamında ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmek suçu kapsamında değerlendirilecektir. Fail, bilgileri almaya çalışıp da engel nedenden dolayı alamadığı takdirde, salt kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmeye teşebbüs suçu oluşacaktır. Bununla birlikte, fail, kredi kart bilgilerini hukuka aykırı olarak ele geçirdikten sonra söz konusu kartı kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde ayrıca TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu oluşacaktır.[137]

Kredi kartı bilgileri, hileli yollarla ele geçmiş olursa, bu durumda hile kullanılmış olsa bile dolandırıcılık suçu değil, daha özel bir düzenleme olan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanması suçu oluşacaktır.

Failin, işyerinde suça konu kartın; pos cihazı, internet veya mail order yöntemleri ile kullanılıp kullanılmadığı ve kopyalanıp kopyalanmadığının belirlenmesi açısından; üye işyeri ve kartın bağlı bulun-

---

136 Taşdemir, s. 324.; Yargıtay 8. C.D, 23.02.2015 tarih ve 2014/30610, 2015/12356 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 23.02.2015 tarih ve 2014/29375, 2015/12355 E. K.

137 Atalan, s. 694-695.

duğu bankadan, kullanılan kartın kopya olup olmadığının sorulması, hesap ekstrelerinin istenmesi, kart bilgileri ele geçirilerek mail order yöntemiyle bu kartlardan harcama yapılmış ise, eylem, TCK'nın 245/1. maddesindeki suçu oluşturacakken, söz konusu bilgiler ile kartlar kopyalanmış, yeni ve sahte bir kart yapılmış ise, eylem, TCK'nın 245/2. maddesi kapsamında ve bu kartlar kullanılarak harcama yapılmış ise ayrıca, TCK'nın 245/3. maddesindeki suç oluşacaktır.[138]

Fail, POS cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanırsa, TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen "tefecilik" suçu ve 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde düzenlenen "gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme" suçunun tartışılması gerekir. TCK'nın 241. maddesinin genel ve 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinin özel norm niteliğinde olması karşısında; "özel normun önceliği" kuralı gereğince, fail hakkında, 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde düzenlenen "gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme" suçu ile ilgili olarak soruşturma yürütülmelidir.[139]

5464 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında, failin işlettiği işyerindeki POS cihazından herhangi bir mal teslimi ve hizmet ifası olmaksızın ve diğer faille iştirak halinde hareket etmeden, başkasına ait kredi kartı ile çekim işlemi yapmasına olanak sağlanırsa, eylem, 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.[140]

TCK'nın 245/4. maddesine göre, 245/1. maddesinde işlenen suçun, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz, hükmüne yer verilmiştir. Kart hamilinin, nitelikleri belirtilen kişilere ait olması halinde, fail hakkında, 5271 sayılı CMK'nın 223/4-b maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir. TCK'nın 245/5. maddesine göre de birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır, hükmüne yer verilerek,

---

[138] Yargıtay 15. C.D, 06.12.2017 tarih ve 2017/24591; 2017/26065 E. K.
[139] Yargıtay 11. C.D, 30.09.2021 tarih ve 2020/1198; 2021/7605 E. K.
[140] Yargıtay 8. C.D, 07.06.2021 tarih ve 2020/11103; 2021/15478 E. K.

aynı Kanun'un 168. maddesinin, 245/1. maddesindeki suç için de uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna göre, failin zararı giderip gidermediği, gidermiş ise, hangi tarihte giderdiği, kısmı zarar giderme var ise, mağdurun buna muvafakatinin olup olmadığı mağdura sorulmalıdır. Öngörülen bu şahsi cezasızlık sebebi ve etkin pişmanlık düzenlemesi, TCK'nın 245/2-3 maddeleri için uygulanmayacaktır.

TCK'nın 158/1-f maddesi açısından da Kanun'un 167. maddesindeki şahsi cezasızlık sebeplerinin ve yine Kanun'un 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması nedeniyle, malvarlığına karşı işlenen bir suç olarak kabul edilen 245/1. maddesindeki hükümlere benzer bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

C. TCK'nın 158/1-f ve TCK'nın 245/1. Maddeleri Arasındaki İlişki Sorunsalı

1. Bilişim Sistemleri veya Banka kartları Kullanılarak Haksız Menfaat Elde Etme Yöntemleri

Dolandırıcılığın, belli bir şekli ve yöntemi bulunmamaktadır. Hatta teknoloji geliştikçe, yöntemlerin gelişmesi ve daha da karmaşık bir hale gelmesi beklenmektedir. Bu sistematik saldırıların sonucu ortaya çıkan dolandırıcılığın; internet yoluyla, kartla veya kart bilgileri kullanılarak yapılması ve bu şekilde, haksız menfaat temin edilmesi söz konusu olduğunda, suçun vasıflandırılması konusunda ve iki suç arasındaki ayırımın kesin olarak belirlenmesinde, zaman zaman tereddütler yaşanabilmektedir. Fail, internet aracılığıyla hile yaparak, mağdurun kartındaki veya hesabındaki paraya yönelebileceği gibi, doğrudan mağdurun kart veya hesap bilgilerine de hukuka aykırı olarak erişim sağlayabilir.[141]

Bilişim sistemlerinin ve kart sistemlerinin güvenliği ne kadar artırılırsa artırılsın, sistem konusundaki açıkları bilen ve toplumun bu konudaki tecrübe eksikliğinin farkına varan failler, farklı saldırı yön-

[141] Selman Dursun, İnternetten Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S:1-2, 2003, s. 285., <https://dergipark.org.tr/en/pub/iumhmohb/issue/9367/117253>, (erişim tarihi: 02/01/2022); Ömer Gedik, "Türkiye'de İnternet Özgürlüğü ve 5651 sayılı Kanun", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* İstanbul, 2008, C:14, S:1-2, s. 192.

temleri geliştirmektedirler. Suçun vasfı nasıl tayin edilirse edilsin, sonuç itibariyle, mağdurlar aleyhine haksız menfaat temin edilmektedir. Yöntemlerin sayısı ve niteliği bilinmemekle birlikte, uygulamada sıklıkla bazı yöntemlerin daha yoğun olarak uygulandığı görülmektedir.[142]

Genel olarak, banka veya kredi kartından haksız olarak para çekilmesi veya alışveriş yapılması, banka veya kredi kartından çekilmesi gereken miktardan fazla para çekilmesi veya alışveriş yapılması, kartın fiziki olarak kullanılması dışında kart bilgileri kullanılarak para çekilmesi veya alışveriş yapılması, bir hesaptaki paranın, hileli hareketlerle veya gizlice, başka hesaba transfer edilmesi, telefonla aramak suretiyle, failin kendisini banka görevlisi olarak tanıtarak haksız menfaat temin edilmesi, mağdura mail veya mesaj gönderilerek linklerin tıklanmasının sağlanması, sistemin genel olarak ele geçirilmesi veya virüs gönderilerek casus yazılımlar yoluyla haksız menfaat temin edilmesi, şeklindeki klasik yöntemlerle suç işlenebileceği gibi, daha farklı teknik yöntemlerle de bu suçların işlendiği görülmektedir.

Phishing (oltalama-yemleme) saldırısı olarak bilinen ve tarihteki en eski yöntemlerden biri olan yöntemle, mağdura, yanıltıcı bir mail veya virüslü dosya gönderilerek, mağdurun bütün bilgilerinin mail yoluyla karşı tarafa iletilmesinin sağlanması söz konusudur.[143] Bir sosyal mühendislik olarak kabul edilen ve oltalama olarak nitelendirilen bu saldırı tipinde, kurumsal bir firmadan veya resmi bir kurumdan geliyor izlenimi uyandırılan sahte internet siteleri aracılığı ile gönderilen sahte mailler kullanılmaktadır.[144] Bilgi ve bilişim güvenliğini en üst

142 Gürol Canbek/Şeref Sağıroğlu, "Bilgisayar Sistemlerine Yapılan Saldırılar ve Türleri: Bir İnceleme", *Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi,* Kayseri, 2007, S:1-2, s. 9.

143 N. Chou; R. Ledesma; Y. Teraguchi; J. Mitchell, "Client Side Defense Against WebBased Identity Theft", %1 içinde The ISOC symposium on Network and Distributed System Security, San Diego, February 2004. (Erişim Tarihi: 10.12.2021); S. Visa; B. Ramsay; A. Ralescu; E. Knaap, "Confusion Matrix-based Feature Selection", %1 içinde Proceedings of The 22nd Midwest Artificial Intelligence and Cognitive Science, Ohio, USA, 2011.; Şeref Sağıroğlu; Hülya Bulut, "Mobil Ortamlarda Bilgi ve Haberleşme Güvenliği Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi,* Ankara, 2009, C: 24, No: 3, s. 499-507.

144 Ümit Sönmez, s. 51.; M. Zekeriya Gündüz/Resul Daş, Sosyal Mühendislik Yaygın Ataklar ve Güvenlik Önlemleri. ISCTURKEY, 2016- 9. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, ODTÜ, 9(1), s. 11-18.

düzeyde tehdit eden, mail adresine ulaşılmış olunması nedeniyle özel hayatın gizliliğini ve veri güvenliğini ortadan kaldıran bu saldırılar, toplumsal travmalara neden olmakta, bireylerin, iletişim araçlarına ve veri güvenliğine olan itimatlarını sona erdirecek kaotik sonuçlara neden olmaktadır.

Vishing yöntemi ise, telefonla mağdura ulaşılıp, acil bir durum olduğu izlenimi uyandırılmak suretiyle ve yardım etme bahanesiyle, mağdurun merak etme duygusu tahrik edilerek ve hileli hareketler sergilenerek haksız menfaat temin edilmektedir.[145] Mağdurun, telefon numarasına ulaşma aşamasını geçen failler, bu şekilde, bireylerin, algılarını yönlendirmekte, bireyleri korkutarak veya yönlendirmek suretiyle, istenilen haksız sonuca ulaşmaktadırlar. Bu noktada, bilgilendirilmemiş veya aydınlatılmamış bireyler, faillerin tuzağına düşerek, belli komutlar dâhilinde hareket etmek suretiyle ve hipnotize tavırlar sergileyerek zarara uğratılmaktadırlar. Telefonla mağduru arayan faillerin, mağdurun tanıdığı birinin telefon numarası, mağduru arıyormuş veya mağdur, polis tarafından aranıyormuş gibi davranarak, etkili olmayı amaçladığı görülmektedir.

Satın alma yöntemi olarak bilinen yöntemde, fail, gerçekte olmayan, fakat internete satış için koyduğu bir ürünü satma bahanesiyle, başkasına ait olan bir hesaba, mağdurun para göndermesini sağlamaktadır.[146] Bu çerçevede, bu eylemlerin artması, internete satış için konulan bir ürünün ciddi anlamda sorgulanması sonucunu doğurmakta, bilişim güvenliği bir anlamda tehdide maruz kalmaktadır. Kanaatimizce, internete verilen ilanların ne şekilde olması gerektiği ve hangi güvenlik önlemlerinden geçilerek ilan verileceğinin yasal bir alt yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

Şirketlerin mail adreslerinin ele geçirilmesi sonucunda, şirkete, başka bir yerden ödeme gelecekse, kendilerini alıcı şirket yetkilileri gibi tanıtarak ve yeni hesap numaraları temin ederek, bu şekilde de, kendilerine ödeme yapılmalarını sağlayarak dolandırıcılık suçları iş-

---

145 Ali Şenol; Hacer Karacan, "Sazan Avlama (Phishing): Kullanılan Teknikler ve Bunlardan Korunma Yöntemleri", ODTÜ 5. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı (5th International Conference on Information Security and Cryptology), Ankara, 17-18 Mayıs 2012.

146 Ümit Sönmez, s. 52.

lenmektedir.[147] Bu şekilde, failler, kimin kimden alacağı olduğunu tespit ederek, kendilerinin alacaklı olduğuna mağdurları inandırmak suretiyle haksız menfaat temin etmektedirler.

Bazen kullanıcının bilgisayar sisteminin ele geçirilmesi sonucunda, bilgisayarın tuş bilgileri ve ekran görüntülerinin kaydedilmesi sonucu da haksız menfaat temin edilmektedir.[148] Bu ihtimalde, veri güvenliği tamamen ortadan kalkmakta, bilgisayar ve içindeki bütün bilgiler karşı tarafın hizmetine sunulmaktadır. Bilgisayarı ele geçiren fail, bilgisayarın kullanıcısı imiş gibi davranarak, başkalarına veya bilgisayar sahibine yönelik her tür suçu işlemektedir.

Truva atı yönteminde, virüslü olarak gelen maillerin açılması sonucu, kullanıcıya ait kimlik, kart veya hesap bilgilerinin ele geçirilmesi söz konusu olmaktadır. Ücretsiz olarak kullanılan wifi aracılığı ile de, sahte yazılımlar ve web ara yüzleri kullanılarak, kullanıcıların hesap bilgilerine erişilmesi mümkün olmaktadır.[149] Bu noktada, virüslerinin önlenmesi için net yazılımların geliştirilmesi, bir anlamda, bilişim ve bilişim güvenliği yatırımlarına öncelik verilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 158/1-f maddesi gereğince işlenen dolandırıcılık suçunda, bilişim sistemleri araç olarak kullanılırken, aynı Kanun'un 158/1-L maddesinde, failin, kendisini, banka görevlisi tanıtması veya bankayla ilişkisi olduğunu söylemek suretiyle haksız menfaat elde ettiği görülmektedir. 158/1-L maddesindeki fail, bilişim sistemini ve dar anlamda interneti kullanarak mağdura ulaşabileceği gibi telefonla da mağdurla iletişim kurabilmektedir. Kendisini banka görevlisi olarak tanıtan fail, mağdurdan kart bilgilerini isteyebileceği gibi mağduru, sistem üzerinden yönlendirerek hesap bilgilerini ele geçirmesi de söz konusu olmaktadır.

Suç vasfına etki eden haksız menfaat temin etme yöntemlerini bugün itibariyle tek tek saymak mümkün olmadığı gibi, gelecekte bu yöntemlerin nereye kadar gidebileceğini de tahmin etmek mümkün görünmemektedir.

---

147 Ümit Sönmez, s. 53.; http://www.siber.pol.tr/Duyurular/Sayfalar/Banka-Hesap-Detaylarinin-DegistirilmesiGuncellenmesi Dolandiriciligi.aspx (erişim tarihi; 05/01/2022)

148 Ümit Sönmez, s. 54.

149 Ümit Sönmez, s. 54

2. TCK'nın 158/1-f ve 245/1 Maddelerinin Karşılaştırılmalı Olarak Değerlendirilmesi

Bilişim ve bankacılık faaliyetleri ile ilgili sistem açıklarını bilen failin, farklı yöntemler uygulayarak haksız menfaat temin ettiği görülmektedir. Uygulamada, ağır ceza mahkemesinin görev alanında bulunan TCK'nın 158/1-f maddesi ve bu madde ile bağlantılı olarak 158/1-L maddesi ve Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanında bulunan TCK'nın 245/1. maddesinin yorumlanması konusunda farklılıklar olduğu görülmektedir.

TCK'nın 158/1-L maddesi, 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte, TCK'nın 158. maddesindeki yerini almıştır. Bu çerçevede, failin kendisini banka görevlisi olarak tanıtması veya banka ile ilişkisi olduğunu söylemesi suretiyle haksız menfaat temin etmesi, nitelikli dolandırıcılık suçu kapsamına alınmıştır. Failin, telefonla veya internet aracılığı ile kendisini banka görevlisi olarak tanıtması ve kredi kartı veya kredi kartı bilgilerinin suçta kullanılması durumunda, eylemin vasıflandırılmasında ve hukuki bir zemine oturtulmasında sorunlar yaşanabilmektedir.

Mala karşı işlenen suçlar ile malvarlığını etkileyen ve bilişim alanında düzenlenen suçun karşılaştırılmasında, genel norm ve özel norm veya fikri içtima ilişkisi tartışılarak bir sonuca ulaşılmaktadır. Banka veya kredi kartının hukuki özellikleri, dolandırıcılık suçunun çıkış noktaları ve kavramlar arasındaki teknik farklılıklar, eylemin vasıflandırılmanın belirlenmesinde etkili olmaktadır.

Banka veya kredi kartları ile ilgili olarak, 5464 sayılı Kanun'un 3/e maddesine göre, kredi kartı, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını ifade etmektedir. Buna göre, kartın fiziki kullanımı ile kart bilgilerinin kullanımı arasında bir fark bulunmamaktadır. Kanun, kart bilgisini, kartın kendisi olarak görmüş, bu bilgilerin kullanılarak menfaat temin edilmesini, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması kapsamına alınmıştır.

Salt kart bilgilerinin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, TCK'nın 136. maddesi kapsamında, kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçunu oluşturacakken, menkul mal niteliğinde olan fiziki kartın, hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi eylemi; ele geçirme şekline göre, dolandırıcılık, hırsızlık veya yağma suçunu oluşturabilecektir.

Ele geçirilen fiziki kartın, hukuka aykırı olarak kullanılması durumunda, TCK'nın 245/1. maddesinin uygulanmasında bir tartışma bulunmazken, kart bilgilerinin hileyle ele geçirilmesinden sonra haksız menfaat temin edilmesinde, nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı Yargıtay'ın farklı Daireleri tarafından farklı değerlendirilmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 01.10.2020 tarihli kararında, mağduru arayan kişinin, bir bankadan aradığını söyleyip mağdura ait kredi kartı bilgilerini istedikten sonra, karttan para çekmesi olayında, Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen hüküm açısından, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında, üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.[150] Daire, bu kararında, kredi kartı bilgilerin kullanılmış olmasına rağmen, eylemi, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca, söz konusu olayın, 6763 sayılı Kanun değişikliğinden önce gerçekleştiği ve bu nedenle, failin kendisini banka görevlisi olarak tanıtmış olmaması nedeniyle, TCK'nın 158/1-L maddesinin fail hakkında uygulanamayacağı, failin, kendisini banka görevlisi olarak tanıtması sonucu kredi kartından para çekmesi ve telefonda diğer bankacılık işlemleri ile ilgili hile yapması durumlarının, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçuna vücut vermeyeceği, bu ihtimalde, ödemenin banka aracılığı ile yapılmasında, bankanın bir maddi varlığının kullanılmadığı da gözetilerek, aynı maddeye göre bankanın araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun da oluşmayacağı, fiziki kart kullanımı ile kart bilgilerinin kullanımının aynı değerde olması nedeniyle, eylemin, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, Daire kararı gibi, eylem dolandırıcılık olarak düşünülse bile, suç tarihi itibariyle, eylemin, uzlaştırma kapsamındaki basit dolandırıcılık suçu kapsamında kaldığı gerekçesiyle, söz konusu kararın, kanaatimizce, usul ve yasaya aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Aynı Daire, 10.02.2020 tarihli başka bir kararında da olayda, kart bilgilerinin kullanılmış olmasına rağmen, eylemin, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında kaldığı gerekçesiyle, hükmün bozulmasına karar vermiştir.[151]

---

150 Yargıtay 8. C.D, 01.10.2020 tarih ve 2019/20140; 2020/16410 E. K.
151 Yargıtay 8. C.D, 10.02.2020 tarih ve 2019/12027; 2020/9309 E. K.

Aynı Daire, 17.10.2019 tarihli kararında, bankadan aradığını söyleyen ve hile yapan kişiye verilen kart bilgileri sonucunda, karttan haksız bir şekilde para çekilmesi eyleminde, bu kez, suçun, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında kaldığını, [152] 19.09.2019 tarihli kararında da, mağdurun, kendisini banka görevlisi olarak tanıtan kişiyle kart bilgilerini paylaşması sonucunda, kartından 3D güvenlikli şifreli doğrulama sistemi ile para transfer edilmesi eylemini, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında kaldığını oy çokluğuyla kabul etmiştir.[153]

Aynı Daire, 03.02.2020 tarihli kararında, failin, mağdura ait hesap ve kimlik bilgilerini kullanarak, hesaptaki parayı, başka bir hesaba transfer etmesi eylemini, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında değerlendirmiştir.[154] Sahte belgelerle veya gerçeğe aykırı kimlik bilgileri kullanılarak ve kart bilgileri kullanılmadan, bir hesaptaki paranın, başka hesaba aktarılmasını sağlama eyleminde, gerçeğe aykırı olarak banka dekontu düzenlenmiş olunması ve bu şekilde, bankanın maddi varlığının suçta kullanılmış olması nedeniyle, suç tarihinin, 6763 sayılı Kanun değişikliğinden önce olduğu da dikkate alınarak, ilgili Daire'nin bu yöndeki kararı, usul ve yasaya uygun olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu olayda hile kullanılmış olsa bile, kart bilgileri kullanılmış olunsaydı, TCK'nın 245/1. maddesi çerçevesinde vasıflandırılma yapılması gerekecekti.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 10.02.2020 tarihli kararında, failin, mağduru arayarak kendisini bir şirketin yetkilisi olarak tanıtıp, konaklama ücretinin ödenmesi için "mail order" yöntemi ile mağdurun kartından para çekilmesine neden olduğu olayda, 5235 sayılı Kanun'un 35. maddesi gereğince ve uyuşmazlığı gidermek suretiyle, eylemin, TCK'nın 245/1 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.[155] Aynı Daire, 20.10.2020 ve 11.03.2021 tarihli kararlarında, 5464 sayılı Kanun'un 3/e maddesi uyarınca, failin, mağdura ait kredi kartı bilgilerini ele geçirip, bu bilgileri kullanarak haksız menfaat temin etmesi eyleminin, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında kaldığını kabul etmiştir.[156]

---

152 Yargıtay 8. C.D, 17.10.2019 tarih ve 2018/833; 2019/12557 E. K.
153 Yargıtay 8. C.D, 19.09.2019 tarih ve 2018/687; 2019/10981 E. K.
154 Yargıtay 8. C.D, 03.02.2020 tarih ve 2019/27968; 2020/2362 E. K.
155 Yargıtay 15. C.D, 10.02.2020 tarih ve 2019/15534; 2020/1719 E. K.
156 Yargıtay 15. C.D, 11.03.2021 tarih ve 2018/742; 2021/2867; Yargıtay 15. C.D, 20.10.2020 tarih ve 2017/2728; 2020/10235 E. K.

Kart bilgilerinin kullanılarak karttan veya hesaptan para çekilmesi, hile kullanılıp kullanılmaması ihtimallerine göre değerlendirmek gerekir ise;

Fail, internetten kendisini banka görevlisi olarak tanıtarak, mağdurun hesap bilgilerini almak suretiyle, mağdurun hesabındaki parayı rızası dışında çekmesi ihtimalinde, failin, kendisini banka görevlisi olarak tanıtarak hile yapması, kart bilgilerinin değil, mağdurun hesap bilgilerinin alınmış olması ve bu şekilde mağdur aleyhine haksız menfaat temin edilmiş olması nedeniyle, suç tarihi, 02.12.2016 tarihinden sonra ise, eylem, TCK'nın 158/1-f, L maddesi kapsamında nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. Suç tarihi, 02.12.2016 tarihinden önce ise, eylem, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında değerlendirilecektir. [157]

Fail, internetten kendisini banka görevlisi olarak tanıtmadan, hileli hareketler sergileyerek mağdurun hesap bilgilerini almak suretiyle, mağdurun hesabındaki parayı rızası dışında çekmesi ihtimalinde, failin internet aracılığı ile hile yapmış olması, mağdurun kart bilgilerinin değil, hesap bilgilerinin alınmış olması ve bu şekilde mağdur aleyhine hesaptan çekim yapılarak haksız menfaat temin edilmiş olması nedeniyle, eylem, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. [158]

Fail, internetten kendisini banka görevlisi olarak tanıtarak veya bu şekilde tanıtmadan, mağdurun "kart bilgilerini" almak suretiyle, mağdurun kartındaki parayı rızası dışında çekmesi ihtimalinde, fail, başta hileli hareketler yapmış, kendisini banka görevlisi olarak tanıtmış veya internet araç olarak kullanılmış olsa bile, mağdurun hesap bilgileri değil, kart bilgilerinin alınmış olması ve bu şekilde mağdur aleyhine haksız menfaat temin edilmiş olması nedeniyle, eylem, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacaktır. Çünkü TCK'nın 245. maddesi, TCK'nın 1581/-f, L maddesine göre daha özel bir düzenlemedir. Bu kapsamda; fail, hile kullanarak, mağdurun kart bilgilerini ele geçirmek suretiyle harcama yapmış ise, artık hile kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, eylem, TCK'nın 245/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir.[159]

---

157 Malkoç, s. 1385-1392.; Donay, s. 240-241.
158 Sami Selçuk, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982, s. 34.
159 Diyarbakır BAM 8.C.D, 29.11.2021 tarih ve 2021/1477; 2021/1500)

Fail, mağdurla hiç muhatap olmadan, mağdurun, internet şifrelerini kırmak suretiyle, haksız menfaat temin ederse, internet şifrelerini kırma eylemi, TCK'nın 244/2-4. maddesi çerçevesinde, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu oluşturacaktır. [160] Ayrıca, gerçek içtima hükümlerine göre, failin, mağdurla hiç muhatap olmaması, mağdura yönelik doğrudan bir hileli hareket bulunmaması ve eylemin, mağdurun rızası dışında gerçekleşmesi nedeniyle, para nereden çekilirse çekilsin, eylem, TCK'nın 142/2-e maddesi kapsamında bilişim sistemlerinin araç olarak kılınması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Fail, kart bilgileri veya fiziki bir kartı kullanmadığı için, TCK'nın 245/1. maddesindeki suç oluşmayacaktır. Fail, mağdurla muhatap olmadığı için, doğrudan mağdura yönelik bir hile gerçekleşmediği için, failin, salt şifre kırma eyleminde, doğrudan mağdura yönelik hileli bir hareket olmadığı için, nitelikli dolandırıcılık suçunun da unsurlarının oluşmadığı kabul edilecektir. [161]

Fail, mağdurla internetten hiç muhatap olmadan casus yazılımlar yoluyla, mağdurun hesap ve kart bilgilerini bir şekilde ele geçirip haksız menfaat temin ederse,[162] casus yazılım yoluyla sisteme izinsiz girme eylemi nedeniyle, kural olarak, TCK'nın 243/1. maddesi kapsamında, bilişim sistemine izinsiz girme suçu oluşacaktır. Buna karşın, casus yazılım yoluyla sisteme girilirken; sistemin işleyişi engellenir veya bozulursa, TCK'nın 244/1. maddesindeki bilişim sisteminin işleyişini engelleme ve bozma suçu oluşacaktır. Fail, bu yazılımlar nedeniyle, bir bilişim sistemindeki verileri bozar, yok eder, değiştirir, erişilmez kılar, sisteme veri yerleştirir veya var olan verileri başka bir yere gönderirse, bu durumda da, TCK'nın 244/2. maddesindeki suç oluşacaktır.[163] Ayrıca, gerçek içtima hükümlerine göre, failin, mağdurla hiç muhatap olmaması, mağdura yönelik doğrudan bir hileli hareketin bulunmaması ve eylemin, mağdurun rızası dışında gerçekleşmesi nedeniyle,

---

160 Yener Ünver, "Türk Ceza Kanunu ve Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* İstanbul, 2001, C: 59, S: 1-2, s. 151 vd.

161 Ersoy, s. 161.

162 Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, s. 17

163 Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, s. 17; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* İstanbul, 2013, C.LXXI, S. 1, s. 857., https://dergipark.org.tr/en/pub/iuhfm/issue/9188/115195, (erişim tarihi: 10.12.2021)

para nereden çekilirse çekilsin, eylem, TCK'nın 142/2-e maddesi kapsamında bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturacaktır.[164] Fail, kart bilgilerini veya fiziki bir kartı kullanmadığı için, TCK'nın 245/1. maddesindeki suç oluşmayacaktır. Fail, mağdurla muhatap olmadığı için de TCK'nın 158/1-f maddesindeki nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Failin, salt casus yazılım göndermesi, doğrudan mağdura yönelik hileli bir hareket olmadığı için, nitelikli dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmayacaktır. Zira casus yazılım, mağdurun bilgisayarına önceden gönderilmekte ve mağdurla muhatap olunmadan hesaplara ulaşılmaktadır. Burada, iradenin sakatlanması değil, bilgilerin ve paranın haksız yere ele geçirilmesi söz konusu olmaktadır. Buna karşın, failin, casus yazılım yoluyla doğrudan mağdurla muhatap olunması, mağdura link gönderilmesi, mail gönderilmesi veya mesaj gönderilmesi yönünde bir bilgiye ulaşıldığı takdirde, fail hakkında, TCK'nın 158/1-f maddesi uygulanabilecektir.

"Pishing yöntemi" de denilen oltalama yöntemiyle bankadan mail gelmiş gibi mağdura mesaj gönderilip mağdurun mobil bankacılık şifresinin öğrenilmesi suretiyle menfaat temin edilmesi eyleminde, fail, mağdurla muhatap olmakta, mağdura yönelik hileli hareketler sergileyerek, kendisini aslında banka görevlisi olarak tanıtmaktadır. Bu kapsamda; failin, kendisini banka görevlisi olarak tanıtarak hile yapması ve bu şekilde mağdur aleyhine haksız menfaat temin etmesi nedeniyle, söz konusu para, ister karttan çekilsin, isterse de hesaptan çekilsin, mağdurun kart bilgilerinin öğrenilerek veya fiziki kart kullanılarak suçun işlenmemiş olması nedeniyle, eylem, suç tarihinin, 02.12.2016 tarihinden sonra olması halinde, TCK'nın 158/1-f, L maddesi kapsamında, suç tarihinin, 02.12.2016 tarihinden önce olması halinde ise, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

Fail, mağdura, bankadan gönderilmiş gibi mail gönderip kart bilgilerini (karttaki hesap numarası, güvenlik şifresi, kart şifresi vs) mağdurdan öğrendikten sonra karttan para çekerse, hesap bilgilerinin değil, mağdurun kart bilgilerinin alınmış olması ve bu şekilde mağdur aleyhine karttan çekim yapılarak haksız menfaat temin edilmiş olması

---

164 Yargıtay 11. C.D, 30.06.2021 tarih ve 2021/2250; 2021/17150 E. K.; Koray Doğan, "Bilişim suçları ve Türk Ceza Kanunu", *Hukuk ve Adalet Dergisi,* Ankara, 2005 S: 6-7 s. 307; Veli Özer Özbek, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", s. 105.

nedeniyle, eylem, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacaktır. Kart bilgilerinin alınarak suç işlenmesi ile fiziki kart kullanımının aynı olduğu ana kuralından hareketle ve TCK'nın 245. maddesi, TCK'nın 1581/-f, L maddesine göre daha özel bir düzenleme olması nedeniyle, fail, hile kullanarak, kart bilgilerini ele geçirmiş ve mağdurun kartından harcama yapmış olsa bile, artık hile kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, eylem, TCK'nın 245/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir.[165]

SONUÇ

Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu, malvarlığına karşı işlenen özelliğinin yanı sıra teknoloji ve bilişim sistemleri ile yakından ilgisinin olması nedeniyle de, sürekli yenilenen bir suç tipidir. Dijital alandaki ilerlemeler sonucu ortaya çıkan eylemlerin sayısı ve çeşidinin artmasıyla birlikte, bu suçun önlenmesi için yeni yöntemlerin kullanılması zorunlu hale gelmiştir. İnternetten ilan verilerek veya sosyal medya araçları ya da diğer teknik yöntemler kullanılarak gerçekleştirilen bu suç ile temelinde banka veya kredi kartları bulunan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu arasında yoğun ve sıkı bir ilişki olduğu görülmektedir.

Başkasına ait gerçek bir kartı, hukuka aykırı olarak ve bir suç kapsamında ele geçiren failin eylemi, hırsızlık, dolandırıcılık veya yağma suçunu oluşturacakken, bu şekilde ele geçirilen kartın, ayrıca kullanılması eylemi, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde, mağdurunun kart hamili olduğu, TCK'nın 245/1. maddesindeki suçu oluşturmaktadır.

5464 sayılı Kanun kapsamında ve Yargıtay içtihatlarına göre, kart ve kart bilgilerinin eşdeğer kabul edilmesi nedeniyle, fiziki kart bulunmasa bile, kart bilgilerinin kullanılması halinde, 5464 sayılı Kanun kapsamında, TCK'nın 245/1. maddesinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi suçların uygulanması gereken durumda,

165 Yargıtay 15. C. D, 05.11.2014 tarih ve 2014/12340; 2014/18179 E. K.; Yargıtay 8. C.D, 12.01.2015 tarih ve 2014/37661; 2015/722 E. K.; Yargıtay 8. C. D, 03.02.2015 tarih ve 2014/32815; 2015/2264 E. K.; Yargıtay 8. C. D, 29.09.2014 tarih ve 2014/3533; 2014/21275 E. K.; Yargıtay 8. C. D, 28.05.2014 tarih ve 2014/6535; 2014/13050 E. K.

kart veya kart bilgileri kullanılmış ise, daha özel bir düzenleme olan TCK'nın 245/1. maddesinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Kart bilgilerinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi eylemi, kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçu olarak ifade edilirken, bu şekilde ele geçirilen kart bilgileri ile karttan para çekilmesi veya harcama yapılması eylemi, gerçek içtima hükümleri gereğince, ayrıca, TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Bir olayda, kart bilgileri hileli şekilde ele geçirildikten sonra karttan para çekimi veya harcama yapılmış ise, eylem, TCK'nın 158/1-f maddesi kapsamında nitelikli dolandırıcılık suçunu değil daha özel bir düzenleme olan TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Kartın sahte olarak üretilmesi durumunda, mağdurunun banka olduğu TCK'nın 245/2. maddesi, bu sahte kartın, ayrıca kullanılması durumunda da yine mağduru banka olan TCK'nın 245/3. maddesi uygulanacaktır.

Bilişim, internet ve banka suçları ile etkin mücadele yapmak açısından, bu konuda soruşturma yürütecek makamlara yardımcı olacak, bilişim ve teknik uzmanlarının adliyede görevlendirilmesi, iletişim, kriminal, banka ve bilişim ile ilgili olarak adliyelerdeki teknik desteğin artırılması, her adliyede, bu konularda uzman kişilerin bulundurulması yararlı olacaktır. İnternet, telefon ve banka güvenliğinin artırılması, bu konularda, internet veri tabanı güvenliği ile ilgili yasa değişikliklerin yapılması, kişilerin kullanacağı internetin, telefonun ve telefon hatlarının, abone açısından sabit hale getirilmesi, söz konusu hatların devrinin resmi şekle tabi tutulması, banka kartlarının daha güvenli hale getirilmesi, elektronik imzalı işlemlerin sayısının artırılması, bankacılık işlemlerinde güvenliğinin sağlanması, kart bilgilerinin kullanılması sonucu oluşan zararlarda banka sorumluluğunun artırılması, virüs ve casus yazılımlar ile ilgili teknik önlemlerin devreye alınması, telefon şirketlerinin, abonelere gönderilen mesajlar konusunda sorumluluğunun artırılması ve abonelerin, bu şekildeki mesajların kendilerine gelmesinin önlemesi için tedbir alınması hususunda yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Kart ve kart bilgilerinin kullanılarak haksız menfaat temin edilmesi durumunda, suç vasfının ne olacağı konusunda farklı kararlar bulunduğu dikkate alınarak, yasada yapılacak bir değişiklikle, söz ko-

nusu çelişkilerin giderilmesi ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi gerekmektedir. Suçla mücadelenin sağlanmasından sonra işlenen suçun failinin tespitine ilişkin de dijital, sonuç alıcı ve ek önlemlerin alınmasında yarar bulunmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

Akarslan Hüseyin, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.

Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004.

Artuk Mehmet Emin/ Gökcen Ahmet; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Artuk Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Artuç Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007.

Atalan Mustafa, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Atamer Yeşim, İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.

Aydın Emin D., Bilişim Suçları ve hukukuna Giriş, Doruk Yayınları, Ankara, 1992.

Aydın Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Bakıcı Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Baş Eylem, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Bayraktar Köksal, Banka ve Kredi Kartlarının Doğurduğu Ceza Hukuku Sorunları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Bilen Mesut, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya, 2012.

Bozdoğan Akbulut Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Centel Nur/Zafer Hamide /Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:1, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

Doğan Ramazan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, 2001.

Dülger Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2015.

Ekinci Mustafa/Esen Sinan, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Hırsızlık,

Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005.

Ekinci Mustafa, Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2002.

Ekinci, Mustafa Açıklamalı, Gerekçeli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.

Ercan İsmail; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 9. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

Erdoğan Yavuz, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, Legal Yayınevi, Ankara, 2012.

Erem Faruk, Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, 1994.

Ergün İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Erkan Boğaç/Songür Murat, Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, Hacettepe-Taş Yayınevi, Ankara, 1999.

Esen Sinan, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Gerçeker Hasan, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Gökhan Taneri, Uygulamada Örnek Hükümlerle Dolandırıcılık Suçları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.

Güder Gazi, Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, Kipaş Kitapçılık, İstanbul, 1986.

Gül Ahmet, Doğrudan/Dolaylı Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Gündüz Remzi, Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.

Gürler Fazıl, Teknik ve Hukuksal Yönleriyle Bilişim Alanında Suçlar, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

Gürçam Ufuk, İnteraktif Dolandırıcılık, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İletişim Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2008.

Gürsoy Emin, Bilişim Yoluyla Dolandırıcılık ve Korunma Yöntemleri, Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar, 2015.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 146.

Hatipoğlu Muzaffer, Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, C:3 Ankara, 2010.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.

Ifrah Georges, Hesabın Destanı: Rakamların Evrensel Tarihi VIII, Çeviren: Kurtuluş Dinçer, Tübitak Popüler Kitapları, Ankara, 2000.

İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Ketizmen Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Kızıltan Mehmet Burak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemine Girme, Sistemi Engelleme ve Bozma Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Koç Ziya, TCK'nın 245. Maddesinde Düzenlenen Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Kurtaran Özlem Meltem/ Faruk Çubukçu, Ansiklopedik Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 1991.

Kurt Levent, Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Uygulaması (Açıklamalı-İçtihatlı), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2005.

Lessig Lawrence, Code and other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999.

Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.

Nuhoğlu Ayşe, Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002.

Önder Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Özbek Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, C:2, Ankara, 2008.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Özek Erman/Erman Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996.

Özdilek Ali Osman, İnternet ve Hukuk, İstanbul, Papatya Yayınları, 2002.

Özdilek Ali Osman, Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Özgenç İzzet; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007.

Pallı Hayati, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008.

Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006.

Parlar Ali, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

Selçuk Sami; Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayırımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986.

Selçuk Sami, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982.

Sınar Hasan, İnternet ve Ceza Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Sönmez Yağmur, Günümüz İnternet Ortamında Bilişim Suçları ve Türkiye'deki İnternet Haber Sitelerine Yansımaları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo, Televizyon ve Sinema Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 1993.

Şahbaz İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, C:2, Ankara, 2016.

Taşdemir Kubilay; Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Cantekin Matbaacılık, Ankara, 2009.

Taşkın Şaban Cankat, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Teoman Ömer, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, İstanbul, 1996.

Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Toroslu Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Turhan Oğuz, Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar (Siber Suçlar), T.C Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği Planlama Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2006.

Wessels Johannes/Hillenkamp Thomas, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, (Çevirenler: Yener Ünver, Ali Kemal Yıldız, Özlem Yenerer Çakmut, Tepe Tepe, Ayhan Aygörmez, Ozan Bektaşoğlu), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Yalvaç Gürsel, Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, 2021.

Yaşar Osman/Zafer Hamide/Centel Nur, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınları, C: I, İstanbul, 2011.

Yazıcıoğlu Recep Yılmaz; Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları ile, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997.

Yenidünya Caner/Değirmenci Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

Yetim Sedat, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Sermaye Piyasası Kurumu Yayınları, Ankara, 1997.

Yenisey Feridun, Plagemann, GoĴ fried, Alman Ceza Kanunu Strafgeseĵ buch (StGB), Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

Yıldız Mehmet Emre, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Yılmaz Eyüp Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2000.

Yılmaz Zekeriya, Ergün İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul, 2008.

Makaleler

Akıncı Hatice/Alıç A. Emre/Er Cüneyd, "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", İnternet ve Hukuk, Yeşim Atamer (Ed.), Bilgi Üniversitesi Yayınları No: 51, İstanbul, 2004.

Akkaya Çetin, "Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* Yıl: 7, S:13, Haziran 2019, ss. 1-38.

Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.

Apaydın Cengiz, "Bilişim Sistemindeki Verileri Yok Etme, Bozma, Erişilmez Kılma, Değiştirme, Hukuka Aykırı Olarak Verileri Yerleştirme veya Gönderme Suçu ile Bu Suretle Hukuka Aykırı Yarar Elde Etme Suçunun Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Kasım 2015, C. 10, S. 111.

Başbüyük İsa, "Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılmasıyla İşlenmesi", *Ceza Hukuku Dergisi,* Ankara, Aralık 2010, S. 14.

Bozdoğan Akbulut Berrin, "Bilişim Suçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 8, S. 1-2, Yıl: 2000.

Buhur Oğuzhan, Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Canbek Gürol/Sağıroğlu Şeref, "Bilgisayar Sistemlerine Yapılan Saldırılar ve Türleri: Bir İnceleme", *Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, Kayseri, 2007, S:1-2.

Demir Önder; "İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 21-22 Mayıs 2001.

Demirtaş Soner, "Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7, S:28, Ekim, 2016, ss. 129-144.

Doğan Koray, "Bilişim suçları ve Türk Ceza Kanunu", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl: 2005 S: 6-7.

Dönmezer Sulhi, "Dolandırıcılık Cürmü", *İstanbul Barosu Mecmuası*, İstanbul, 1943, C: XVII, S:9.

Dülger Murat Volkan, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İstanbul, 2016, C:3, S:2.

Eker Umut, "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara, Ocak-Şubat 2006, S: 62.

Er Cüneyd, "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2004.

Erem Faruk, "Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:2, 1993.

Ersoy Yüksel, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Ankara, 1994, C. 49, S:3.

Eser Dursun, "Sosyal Medya Aracılığıyla İşlenen Suçlar (Geniş Anlamda Bilişim Suçları)", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2014, C:9, S:24.

Gedik Ömer, "Türkiye'de İnternet Özgürlüğü ve 5651 sayılı Kanun", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* İstanbul, 2008, C:14, S:1-2.

Gündüz M. Zekeriya/Daş Resul, Sosyal Mühendislik Yaygın Ataklar ve Güvenlik Önlemleri. ISCTURKEY, 2016- 9. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, ODTÜ, 9(1). Ankara, 2016.

Değirmenci Olgun, "Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", *Legal Hukuk Dergisi,* Kasım 2003, S. 11.

Katoğlu Tuğrul, "Banka ve Kredi Kartlarının Kullanımı ile İlgili Suçlar", Hukuki Açıdan Banka Kartı ve Kredi Kartı Sempozyumu, Bankalararası Kart Merkezi (BKM) Yayını, 23-25 Ekim 2009.

İpekçioğlu Pervin Aksoy, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Yıl:2012, S.61, ss.43-67.

Keskin İbrahim, "İnternet Servis Sağlayıcılarının (İSS) Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi,* C:84, S:5, İstanbul, 2010.

Koca Mahmut, ''Malvarlığına Karşı Suçlar'', *Kazancı Hukuk Dergisi,* Ankara, 2005, S. 5.

Mahmutoğlu Fatih Selami, "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 60, S. 1-2.; İstanbul, 2001.*

Maviş Volkan, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Malatya, 2015, C:1.

Morris Sheridan, The Future of Netcrime Now: Part 1 – Threats and Challenges, Home Office Online Report, 62/04, 2014.

Özbek Veli Özer, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C:9, Özel Sayı: 2007, ss.1009-1063.

Özbek Veli Özer, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2008.

Özel Cevat, "Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı", *İstanbul Barosu Dergisi,* C.LXXV, S.7, İstanbul, 2001.

Rado Türkan, "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C:18, S:1-2, İstanbul, 1952.

S. Sarzanadi; Carlo Ippolito, "Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması, İtalya'daki Durum", Çeviren: Vesile Sonay Daragenli, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C. 55, S. 3., İstanbul, 1997,

Sağıroğlu Şeref/Bulut Hülya, "Mobil Ortamlarda Bilgi ve Haberleşme Güvenliği Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi,* Ankara, 2009, C: 24, No: 3.

Sancar Türkan Yalçın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S:70, ss. 244-259

Selçuk Sami, "Dolandırıcılık Cürmünün Konusu", *Adalet Dergisi*, S:5, Ankara, 1981.

Soyaslan Doğan, "Bilişim Alanında Suçlar", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara, C. 2, 2009.

Sönmez Ümit, "Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Dolandırıcılık Suçu", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi,* C:1, Sayı: 2, Diyarbakır, 2017.

Şahin Meral Ekici, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2015, C:64, S:3.

Şen Ersan, "Hırsızlık Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergis*i, Ankara, 2012, S:3.

Şenol Ali/Karacan Hacer, "Sazan Avlama (Phishing): Kullanılan Teknikler ve Bunlardan Korunma Yöntemleri", ODTÜ 5. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı (5th International Conference on Information Security and Cryptology), Ankara, 17-18 Mayıs 2012.

Taner Fahri Gökçen, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara, 2007, C:56, S:2.

Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Ünver Yener, "Türk Ceza Kanunu ve Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C: 59, S: 1-2., İstanbul, 2001

Visa S./Ramsay B./Ralescu A./Knaap E., "Confusion Matrix-based Feature Selection", %1 içinde Proceedings of The 22nd Midwest Artificial Intelligence and Cognitive Science, Ohio, USA, 2011.

Yavuz Hakan A.; "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Çakmut Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi,* S. 2, Ekim 2006.

Yazıcıoğlu Recep Yılmaz, "Bilişim Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi,* Ankara, 2004, S:2.

Yazıcıoğlu Recep Yılmaz, "Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2005, C. 2, S. 2.

Yazıcıoğlu Recep Yılmaz, ''Dialler, Key Logger Programları-İnternet Bankacılığı Dolandırıcılığı", Bilişim Hukuku (Türkiye II. Bilişim Hukuk Sempozyumu, Bilişim

Hukuku Toplantıları, Makaleler, Bilişim Yazıları, Mahkeme Kararları, Ulusal ve Uluslararası Mevzuat) (Derleyen Mete Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

Yavuz Hakan A, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu", *Ceza Hukuk Dergisi*, 2006.

Yılmaz Abdurrahman, "Türkiye'deki Dolandırıcılık Tipolojileri: Dolandırıcılık Olaylarının Kategorik Tasnifi ve Yapılış Şekilleri", *Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi*, 2015.

Yılmaz Sacit, "5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinde Düzenlenen Bilişim Alanındaki Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2011, S:92.

Yılmaz Sacit, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S. 87. Ankara, 2010.

İnternet Kaynakları

Chou N.; Ledesma R.; Teraguchi Y.; Mitchell J., "*Client Side Defense Against WebBased Identity Theft*", %1 içinde The ISOC symposium on Network and Distributed System Security, San Diego, February 2004. (Erişim Tarihi: 10.12.2021).

Dursun Selman, İnternetten Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S:1-2, 2003, s. 285., <https://dergipark.org.tr/en/pub/iumhmohb/issue/9367/117253>, (erişim tarihi: 02.01.2022)

Kaya Ahsen/Bilgin Umut Erdar; Mollaoğlu Abdullah, Koçak Aytaç; Aktaş Ekin Özgür, Ahsen Kaya/Umut Erdar Bilgin/Abdullah Mollaoğlu/Aytaç Koçak/Ekin Özgür Aktaş, "Türkiye Genelinde Bilişim Yolu ile İşlenen Dolandırıcılık Suçu" İzmir, Temmuz, 2013, 187057 (dergipark.org.tr) (erişim tarihi: 22/12/2021)

Mahmutoğlu Fatih Selami, "Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* İstanbul, 2013, C.LXXI, S. 1, s. 857., https://dergipark.org.tr/en/pub/iuhfm/issue/9188/115195, (erişim tarihi: 10/12/2021)

Okuyucu Ergün Güneş, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1067, hĴ p://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/ viewFile/5000001567/5000000641 (Erişim Tarihi: 11/12/2021)

Özkul Davut; "Bilişim Sistemi Kavramı ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi", *Sayıştay Dergisi,* Ankara, Ocak-Haziran, 2002, S:44-45, s. 20 vd. http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der44-45m2.pdf (erişim tarihi: 09/12/2021)

Türay Aras, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İstanbul, 2010. fakulte-dergisi-2010-1-Cilt-2-hukuk-fakultesi-pages-785-801-with-cover-page-v2.pdf (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net), (Erişim Tarihi: 15/12/2021)

Mahkeme Kararları

www.uyap.gov.tr

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ MEMURİYETE ETKİSİ*

THE IMPACT OF DEFERMENT OF THE ANNOUNCEMENT OF THE VERDICT ON CIVIL SERVICE

Seda Yağmur SÜMER**

Özet: Bir Ceza Muhakemesi kurumu olan ve CMK m. 231'de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı gerek koşulları gerek sonuçlarıyla uygulamada birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Özellikle hakkında hükmün açıklanması geri bırakılan kimselerin memuriyete giriş, memuriyet görevinden çıkarılmasında uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşıldığı görülmektedir. Bu yaşanan sorunların teorik tartışmalar ve içtihat doğrultusunda aydınlatılması bu nedenle büyük önem arz etmektedir. Bu karar türünün kanun koyucu tarafından ilk defa suç işleyen kimselere, ceza hukukunun ıslah amacını gözeterek ikinci bir şansı verilmesi niteliğinde olduğu göz önüne alınarak sonuçlarının ve etkilerinin ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmanın merkezinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ve memuriyet ile ilişkisi yer almaktadır. Çalışma uygulamada bu konuya ilişkin yaşanan sorunlara yer vererek çözüm üretmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, Memuriyete Giriş, Memuriyetten Çıkarılma, Disiplin Soruşturması, Memuriyete Girişte Özel Şartlar

Abstract: Deferment of the announcement of the verdict which is a criminal procedure institution regulated under Article 231 of Criminal Procedure Law brings about many discussions in practice, both with its conditions and with its consequences. In particular, it is observed that the persons whose trials end with the deferment of the announcement of the verdict face problems both while being admitted to and dismissed from public service. Therefore, it is of great importance that these questions are clarified in accordance with theoretical discussions and case law. Considering that this type of decision is intended by the legislator to give a second chance to those who have committed a crime for the first time, taking into account the correctional purpose of the criminal law, the consequences and effects should be considered. Therefore, the deferment of

---

* Çalışma içerisindeki koyu ve italik yazım vurgu amacıyla tarafımızca yapılmıştır.

** Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sedayagmur.sumer@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8071-1889, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.02.2022, Kabul Tarihi: 06.06.2022

the announcement of the verdict and its relationship with the civil service rules are at the core of the study. The study aims to offer solutions by covering the problems experienced about this issue in legal practice.

Keywords: Deferment of the Announcement of the Verdict, Revocation of the disclosure of the provision, Admission to Civil Service, Dismissal from Civil Service, Disciplinary Investigation, Special Conditions for Admission to Civil Service

GİRİŞ

Anayasamızın 128. maddesi gereğince Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmektedir. Burada önem arz eden husus esasen asli ve sürekli görevlerin yerine getirilmesinde etkili olan "*insan*" unsurudur. Bu çalışma bakımından önem arz eden insan unsuru ise "*memurlar*"dır.

Memurların nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) ile düzenleme altına alınmıştır. Bu kanunda yer alan düzenlemelerden hareketle Anayasamızın 70. maddesi gereğince her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir ve hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez. Devlet memuru olabilmek için ise Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi gereğince birtakım genel ve özel şartlar bulunmaktadır. Genel şartlar; Türk Vatandaşı olmak, DMK'nın 40. maddesinde yer alan yaş şartlarını taşımak, DMK'nın 41. maddesinde yer alan öğrenim şartlarını taşımak, kamu haklarından mahrum bulunmamak, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak, askerlik durumu ile ilgili aynı hükümde yer alan şartları taşımak ve 53'üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamaktır.

Özel şartlar ise hizmet göreceği sınıf için Devlet Memurları Kanunu'nun 36. ve 41. maddelerinde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak ve kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımaktır.

Genel ve özel şartları bütüncül bir şekilde değerlendirdiğimizde bir Ceza Muhakemesi kurumu olan Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 231'de düzenlenen ve kanun koyucu tarafından ilk defa suç işleyen kimselere, ceza hukukunun ıslah amacını gözeterek ikinci bir şans vermesi niteliğinde olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararının bu şartlara ne gibi etkileri olacağının ele alınması gerekmektedir. Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu karma bir yapıya sahip olup yalnızca ceza hukuku anlamında değil disiplin hukuku anlamında da etkileri ve sonuçları bulunmaktadır. Özellikle uygulamada bu konuya ilişkin verilen kararlarda bir birlik bulunmamakla birlikte öğretide yer alan tartışmaların henüz sona ermediğini ifade etmek gerekir.

Bu çalışmada öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hakkında temel bilgiler verilecek ve kısaca benzer kavramlarla ilişkisine denilecektir. Yine hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için gerekli koşullar ve bu kararın sonuçlarından bahsedilecektir. Ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete etkileri memuriyete girişten memuriyetten çıkarılmaya kadar ayrı ayrı ele alınacaktır. Son olarak bu konuya ilişkin Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli kararları ele alınarak uygulamada yaşanan sorunlar bakımından bir değerlendirme yapılacak ve neticede bu konuya ilişkin eleştirilerimiz ve çözüm önerilerimiz ortaya konacaktır.

I. GENEL OLARAK HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

Ceza hukuku anlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması; verilen hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaması halidir. (CMK m. 231/5). Burada erteleme karar türünden farklı olsa da daha lehe sonuçlar doğuran hukuki niteliği ve kapsadığı suçlar bakımından bir tür yumuşatılmış erteleme halinin söz konusu olduğu söylenebilir.[1] Fakat bununla birlikte her ne kadar bu konuya iliş-

---

1 Hakan Hakeri/Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 684; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi

kin idare hukuku eksenli çalışmalarda erteleme kurumu ile ele alınıp benzer bir karar türüymüş gibi kabul edilse de şartları ve sonuçları bakımından ceza hukuku anlamında birbirinden çok farklı karar türleridir. Yine önemle ifade etmek gerekir ki HAGB bir karar türü olup teknik anlamda "*hüküm*" değildir ve CMK m. 223'te hüküm türleri arasında da sayılmamıştır.[2] Nitekim kanun koyucu bu karara itiraz yolunu açmışken (CMK m. 231/12) olağan kanun yollarına müracaatı kabul etmemiştir.[3]

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı CMK m. 231'de düzenlenmiştir. HAGB ile aslında belirli bir ağırlığa ulaşmayan mahkumiyetler bakımından sanığa ikinci bir şans verilmekte ve bir nevi ceza hukukunun ıslah amacına hizmet eden bir karar türü düzenlenmektedir.[4] CMK m. 231'in somut olay bakımından uygulanmasının gerekip gerekmediğini hâkim ya da mahkeme herhangi bir talep almaksızın resen değerlendirecektir.[5] Bu değerlendirmenin ise mutlaka gerekçeli bir şekilde kararda yer alması gerekir.[6]

Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 820.

2 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 703.

3 "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.2.2009 gün ve 2009/4-13-2009/12 sayılı kararında da açıklandığı üzere; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı başvurulabilecek yasa yolu temyiz olmayıp, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin 12'nci fıkrasında da açıkça belirtildiği gibi itirazdır". Yrg. CGK, E. 2011/1-67, K. 2011/62, T. 19.4.2011, www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

4 Ahmet Gökcen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 637; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 192; Çolak/Özdemir, s.97; Devrim Güngör/Güneş Okuyucu-Ergün, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 1954.

5 Yenisey/Nuhoğlu, s. 821; Nur Centel /Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayım, İstanbul 2018, s. 817.

6 "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 tarihli ve 2008/149-163 E. K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin CMK'nın 231/5-6. maddesindeki şartlar gözetilmek suretiyle seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme gibi diğer kişiselleştirme nedenlerinden önce hakim tarafından değerlendirilmesinin zorunlu bulunduğu nazara alınarak; sanıkların adli sicil kaydında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar bulunmakta ise de atılı suçun 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle değişik CMK'nın 231/8. maddesinin yürürlüğe girmesinden önce işlendiği, dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için aranan aynı Kanun'un 231/6-a-b-c madde-fıkra-bentlerindeki objektif ve subjektif koşulların oluşup oluşmadığı karar yerinde değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların

Öğretide belirtildiği üzere; her ne kadar kanuni düzenlemede "*hükmün*" kavramı kullanılmış olsa da burada kastedilen her türlü hüküm değil "*mahkûmiyet*" hükmüdür. Bu nedenle kanun değişikliğine gidilerek *"mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması"* şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[7] Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için sanığa yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması ve bu suça ilişkin mahkûmiyet kararı verilebilir olması gerekmektedir.

Nitekim öğretide yaygın görüşe göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aslında iki karar türünü içermektedir. Bu karar türlerinden ilkini: teknik olarak hüküm kabul edilen fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle hukuken varlık kazanmayan, koşulların oluşup oluşmamasına göre düşme ya da mahkumiyet hükmüne dönüşecek bir karar oluştururken diğerini "***ön hüküm***" üzerine inşa edilen birinci kararın sonuç doğurmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı oluşturmaktadır.[8] Bir başka deyişle hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde dava derdest olmakla birlikte hüküm sanık hakkında herhangi bir hukuki sonuç doğurmamakta ve hak yoksunluğuna sebebiyet vermemektedir. Kanun koyucu bu şekilde bir düzenleme getirerek aslında belirli suçlar bakımından lekelenmeme hakkını göz ederek sanığa ikinci bir şans sunmak istemiştir.[9]

Öğretide karşı yöndeki görüşe göre;[10] bu hükmün getiriliş amacı Yargıtay'da biriken iş yükünü hafifletmektir. Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile hüküm temyiz edilememekte ve bu şekilde Yargıtay'da biriken temyiz dosyaları hafifletilmektedir. Yazara göre yalnızca ıslah, onarıcı adalet veyahut ikinci bir şans gibi gerekçelere dayanılsa idi bu hüküm getirilmezdi.

hukuki durumlarının belirlenmesi gerekirken, bu hususta bir değerlendirme yapılmadan karar verilmesi…", Yrg. 9. CD., E. 2020/8185, K. 2021/44, T. 12.1.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

7 Hakeri/Ünver, s. 688.

8 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 638; Karakehya, s. 562; Güngör/Okuyucu, s. 1955; Yıldırım, s. 486.

9 Centel/Zafer, s. 816-817.

10 Karakehya, s. 562.

Yine karşı bir başka görüşe göre;[11] burada hukuki bir sonuç doğmadığını söylemek güçtür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı neticesinde denetimli serbestlik tedbirine başvurulması da bir hukuki sonuç olup mahkûmiyet ya da beraat şeklinde bir hükmün açıklanması şart değildir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki aşağıda koşullarına değinirken de fark edileceği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı karma bir yapıya sahiptir. Çünkü bu karar türü yalnızca maddi ceza hukuki anlamında sonuçlara sahip olmayıp aynı zamanda ceza yargılaması hukuku bakımından da birtakım sonuçlara sahiptir.[12]

II. BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sıklıkla hapis cezasının ertelenmesi kararı ile mukayese edilmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi TCK m. 51'de düzenlenmiş olup koşulları bakımından önemli farklılıklar barındırmaktadır. Öncelikle hapis cezasının ertelenebilmesi için kişinin işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilmiş olması gerekmektedir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Bununla birlikte kanun koyucu hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilmesi kişinin;

---

11 İbrahim Pınar/Öner Çalışkan, Memurluğun ve Kamu Görevinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 199.

12 Hakeri/Ünver, s. 688; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt /Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin /Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamaları Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 438; Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 639.
"Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır", Yrg. 16. Cd, E. 2020/5026, K. 2020/4897, T. 9.10.2020, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).
Öğretide karşı görüşe göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması suça ve cezaya doğrudan etki etmediği için bir maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilemeyecek olup ceza usul hukukunu ilgilendiren bir kavramdır. Görüş için bakınız: Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 562.

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması koşullarını aramaktadır.

Koşulları bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzerlik gösterdiği düşünülse de önemli bir ayrım noktası bulunmaktadır. TCK m. 51/8 gereği denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ***ceza infaz edilmiş sayılmaktadır.*** Bu nedenle hapis cezasının ertelenmesi cezaların infazına seçenek bir yaptırım olarak düzenlenmiş bir kurumdur.[13] Bir başka deyişle mahkumiyete bağlanan hukuki sonuçlar erteleme bakımından etki doğurmaya devam etmekte, mahkumiyet varlığını korumaktadır.[14] Yani her ne kadar bir ıslah kurumu olarak nitelendirilse de adli sicile hüküm işlenmektedir ve fail denetim süresince yükümlülüklere uysa dahi yeni bir suç işlemesi halinde ertelemeden yararlanamayacaktır.[15] Yine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından farklı olarak burada kişinin rızası aranmamakta olup hakim hapis cezasını ertelerken hükümde yer alan koşulları resen dikkate alacaktır.[16]

Bir başka ilişkili olabilecek karar türü ise *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* kararıdır. CMK m. 171'de düzenlenen bu kararın verilebilmesi için:

- Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

---

13 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 605; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 518; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 951.

14 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 788; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 719-720.

15 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 708-709.

16 Akbulut, s. 956; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 658; Öztürk/Erdem, s. 528; Hüseyin Denizhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", *TBB Dergisi*, S. 65, 2006, s. 235-236.

- Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,
- Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının birlikte mevcut olması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Fakat kanun koyucu CMK m. 171/6 gereği bazı suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelemeyeceğini düzenleyerek erteleme alanını sınırlandırmıştır.[17] Bu erteleme türünde karar verme yetkisi savcının takdirine bırakılmıştır.[18] HAGB ile benzer şekilde 171/5 gereği kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar da mahsus sicile işlenmektedir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, hükümde belirtilen amaç için kullanılabilmektedir. Bu erteleme türünde denetim süresinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde sonuç olarak kamu davası açılacaktır. (CMK m. 171/4). HAGB'den farklı olarak ertelemeye karar verebilmek için şüphelinin kabulü aranmamaktadır.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ KOŞULLARI

5728 sayılı Kanun ile uygulama alanı genişletilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde *"Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması"* başlığı altında düzenlenmiştir. Hükümde bu karar türüne başvurulabilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere birtakım koşulların somut olayda mevcut olması gerekmektedir.

---

17 "Bu madde hükümleri;
a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar,
b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar,
c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hakkında uygulanmaz".

18 Özbek/Doğan/Bacaksız, (Genel Hükümler), s. 480; Yenisey/Nuhoğlu, s. 713; Özgenç, s. 836.

A. SUÇA İLİŞKİN KOŞULLAR[19]

Hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için öncelikle sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunacak cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması gerekmektedir. Bu nedenle idari para cezaları, tazyik hapsi veyahut disiplin hapsi bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün değildir.[20] Kanun koyucu adli para cezası bakımından da bir sınırlama getirmemiştir.[21] Yine hapis ve adli para cezasının birlikte gösterildiği durumlarda hükmün açıklanması geri bırakılamayacaktır.[22]

Sanık hakkında birden fazla mahkûmiyet kararının bulunması halinde her suç bakımından ayrı ayrı hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarının ele alınması gerekecektir.[23] Nitekim Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 99. maddesinin 1. fıkrasında "*Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar.*" denmek bu husus açıkça ortaya konmuştur. Bununla birlikte sanık hakkında birden fazla mahkûmiyet kararı bulunan hallerde CMK m. 231/6-b "*Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması*" hükmü bakımından bir değerlendirme yapılması mümkündür.[24]

Burada dikkat edilmelidir ki suçun şikâyete tabi olup olmaması önem arz etmemektedir.[25] Şikâyete tabi suçlar bakımından uzlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu suçlar bakımından da hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkündür.[26] Fakat HAGB her tür-

---

19 Doktrinde suça ilişkin şartlardan ve faile ilişkin şartlardan bazılarını hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının "ön şartı" olarak nitelendiren bir görüş de bulunmaktadır. Bakınız: Karakehya, s. 565-566.

20 Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 783.

21 Şahin/Göktürk, s. 194.

22 Centel/Zafer, s. 820.

23 Yenisey/Nuhoğlu, s. 823; Centel/Zafer, s. 820; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Özaydın/Akcan/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 439; Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 639; Şahin/Göktürk, s. 192-193; Karakehya, s. 566.

24 Hakeri/Ünver, s. 688-689; Şahin/Göktürk, s. 194.

25 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 690.

26 Hakeri/Ünver, s. 685; Yenisey/Nuhoğlu, s. 821.

lü suç bakımından uygulanabilen bir karar türü olmayıp Anayasa m. 174'te koruma altına alınan ***inkılâp kanunlarında yer alan suçlar*** hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı CMK m. 231/14 gereğince mümkün değildir. 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 174. maddesinde İnkılap Kanunları tek tek sayılmıştır. Buna göre:

"1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;

2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;

3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;

4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;

5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun; 7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına dair Kanun;

8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun, İnkılap Kanunlarıdır".

İfade etmek gerekir ki suça ilişkin koşullar (objektif) koşullar somut olayda oluştuğu halde hâkimin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmaması hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilemez.[27]

"Uzlaşma kapsamında olmayan bir suç ile ilgili açılan kamu davasının yürütülen yargılaması sonucunda, suçun değişen hukuki niteliğinde hukuki bir yanılgı yoksa uzlaşma kurumu şüpheli ve/veya fail için değerlendirilecektir. Yanılgılı bir uygulama varsa bu halde ise uzlaşma kurumu fail ve/veya şüpheli lehine işletilmesini sağlamayacaktır. HAGB kararı ile uzlaşma farklı kurumlardır. Hukuki koşulların bulunması halinde öncelikle sanık lehine olduğunda kuşku bulunmayan uzlaşma işlemi yapılacak, anılan işlemin sonuçsuz kalması halinde HAGB uygulama imkânı olup olmadığı değerlendirilecektir. Kanunun düzenleniş amacının göz ardı edilmesi bu hakkı ortadan kaldıramayacaktır.", Yrg. 6. Cd, E. 2019/2227, K. 2019/5951, T. 2.12.2019, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

27 Şahin/Göktürk, s. 196-197.

B. FAİLE İLİŞKİN KOŞULLAR

Hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için suça ilişkin koşullara ek olarak faile ilişkin koşulların da somut olayda eksiksiz bir şekilde yer alması gerekmektedir. Bunlardan ilki sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmasıdır.[28] Taksirli bir suça ilişkin mahkûmiyet kararının verilmesi halinde hükmün açıklanması geri bırakılabilecek olup burada basit/bilinçli taksir ayrımı da yapılmamıştır. Yine daha önce verilmiş olan hapis cezası adli para cezasına çevrilmiş ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir.

"Sanıklar hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Koşullu bir düşme nedeni oluşturan "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" müessesesi, objektif koşulların varlığı halinde mahkemece, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir talebe bağlı olmaksızın öncelikle uygulanmak zorundadır. Objektif şartları oluştuğu halde hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaması hâkimin takdir hakkına taalluk eden bir husus olmaması sebebiyle kanun yararına bozma konusu yapılabileceği yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple Özel Dairece bu yöne ilişen kanun yararına bozma talebinin takdire taalluk ettiğinden bahisle reddine karar verilmesi isabetli değildir.", Yrg. CGK, E. 2014/4-135, K. 2016/4, T. 19.1.2016, www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

28 "Hükmün açıklanmasına neden olan kasıtlı suçun, TCK'nin 106/1. maddesinde düzenlenen tehdit suçu olduğu, hükümden sonra 02.12.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesi ve bu maddeye eklenen fıkraya göre, uzlaşma hükümleri yeniden düzenlenerek "tehdit" suçunun uzlaşma kapsamına alınması, bu nedenle 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesi ve 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinin 24 ve 25. fıkralarındaki uzlaştırma bürosuna ilişkin düzenleme dikkate alınıp, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun bu kapsamda tekrar değerlendirilmesinin gerekmesi karşısında; tehdit suçu yönünden uyarlama yargılaması yapılıp yapılmadığı araştırılarak, uzlaştırma işleminin olumlu sonuçlanmış olması durumunda, sanığın denetim süresinde işlediği başkaca kasıtlı suçlardan mahkum olup olmadığı da tespit edildikten sonra hükmün açıklanıp açıklanmayacağının değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması…", Yrg. 11. CD., E. 2021/34678, K. 2021/6693, T. 16.9.2021, www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

Ayrıca sanığın daha önceden kasıtlı suç işlemiş olmasıyla birlikte bu suça ilişkin hakkında yalnızca güvenlik tedbirine hükmedildiği hallerde de hükmün açıklanması geri bırakılabilir.[29] Bu koşul ele alınırken tespitin fiili olarak değil de hukuki olarak yapılması gerekmektedir. Örneğin; sanığın adli sicil kaydında kasıtlı bir suça ilişkin kayıt görünmekle birlikte bu kaydın süresi geçtiği için silinmesi gerekirken silinmemesi durumunda artık kasıtlı bir suça ilişkin kayıttan söz edilemeyecektir.[30] Ayrıca ifade etmek gerekir ki suçun uzlaştırmaya tabi olduğu hallerde daha lehe olacağı için uzlaştırma hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekecektir.[31]

Burada mahkûmiyet hükmünün infaz edilen ya da edilebilir olması veyahut mahkûmiyet hükmünün kesinleşip kesinleşmemesi noktasında kanun koyucu bir açıklamada bulunmamıştır.

Öğretide hâkim görüşe göre;[32] burada mahkûmiyet kavramından anlaşılması gereken hükmün kesinleşmesi olup infaz edilmiş olması gerekmemektedir.

Bir başka görüşe göre;[33] önceden kasten işlenmiş suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün ertelenmiş olması ve denetim süresini sanığın iyi geçirdiği hallerde yalnızca ceza infaz edilmiş sayılıp hüküm sonuç doğuracağından hükmün açıklanmasının geri bırakılamayacağı ifade edilmektedir.

---

29 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 640.

30 Hakeri/Ünver, s. 690; Centel/Zafer, s. 821; Nusret İlker Çolak/Dursun Özdemir, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi", *TAAD*, C.: 1, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2011, s. 97.
"Sanık ...'nın adli sicil kaydında suç tarihinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kaydı bulunsa da bu kaydın suç tarihine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel mahkumiyet sayılamayacağı ve suç tarihine göre sanığın sabıkasız olduğu gözetilmeden, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususundaki kanaat ile hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekirken "hakkında daha önceden HAGB kararı verildiğinden" biçimindeki dosya içeriğine uygun olmayan, yetersiz gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi…", Yrg. 2. CD., E. 2021/1029, K. 2021/7892, T. 12.4.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

31 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 638.

32 Yenisey/Nuhoğlu, s. 823; Bıçak, s. 783; Şahin/Göktürk, s. 193-194; Güngör/Okuyucu, s. 1957.

33 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 640; Şahin/Göktürk, s. 195.

Bu durum Yargıtay uygulamasında farklı yorumlara sebebiyet vermektedir. Nitekim Yargıtay kesinleşmiş, infaz edilmekte olan veyahut hukuki yararın bulunması halinde infaz edilmiş olan hükümlere bakımından da koşulların oluşması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebileceğini ifade etmektedir.[34]

Kasıtlı bir suça ilişkin mahkûmiyet kararı ile ilgili bir diğer tartışmalı olan husus tekerrür hükümlerinin uygulanması hali bakımındandır.

Öğretide;[35] kasıtlı olarak işlenen suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün ne kadar önce verildiği önem arz etmemekte olup önceden verilen mahkûmiyet hükmünün tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektirmediği hallerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.

Karşı yöndeki görüşe göre ise;[36] daha önce işlenmiş kasıtlı suçtan

---

34 "Benzer bir olay nedeniyle Yargıtay 8. CD. 27/06/2019 tarihli ve 2018/10085 esas, 2019/9081 karar sayılı ilamında yer alan "...hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun 5728 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunması koşuluyla infaz edilmiş hükümlerde de uygulanabileceği ve hükümlü hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin uyarlamanın, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme uygulaması halinde evrak üzerinde, subjektif koşulların değerlendirilmesi gereken hallerde ise duruşma açılarak yapılması gerektiği gözetilerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında hukuki yararı olan hükümlünün, talebi üzerine cezası infaz edilmiş olsa bile 5271 sayılı Kanun'un 5278 sayılı Kanun ile değişik 231/5-14. maddesi uyarınca durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi,... kanun yararına bozma istemine dayalı...bozulmasına" biçimindeki açıklamalar nazara alındığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarihli ve 2008/11-250 esas, 2009/13 karar sayılı ilâmında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan veya hukuki yararı bulunması koşuluyla infaz edilmiş hükümlere de uygulanabileceği öngörüldüğünden, hükmü veren Mahkemece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesi uyarınca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin hükümlünün infaz ettiği cezasına göre uygulanmasının söz konusu olabileceği, bu halde mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağının tartışılması zorunlu olduğu cihetle…", Yrg. 7. CD., E. 2021/11823, K. 2021/11999, T. 7.10.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

35 Şahin/Göktürk, s. 194-195.

36 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 640; Karakehya, s. 567
"Sanığın adli sicil kaydında yer alan Tarsus 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/86 Esas, 2008/173 Karar sayılı ilamı ile 6136 sayılı Yasaya muhalefet suçundan verilen mahkumiyet hükmünün infaz tarihinden itibaren 5237 sayılı Kanun'un 58/2-b maddesinde öngörülen 3 yıllık tekerrüre esas alınma süresinin geçtiği, bu nedenle anılan ilamın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağı gö-

mahkûmiyet hükmü infaz edilir ve TCK m. 58 anlamında tekerrür süreleri de geçer ise bu durumda önceki mahkûmiyet hükmü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına engel teşkil etmeyecektir. Aksi bakış açısı hayatının çok başında kasıtlı bir suçtan hüküm giymiş kimsenin uzun bir zaman sonra koşulları bulunsa da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından yararlanmasına engel olacaktır.

Bir diğer faile ilişkin koşul mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasıdır.[37] Bu kana-

zetilmeden, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesine objektif koşullar bakımından engel hali bulunmayan ve kamu zararını gideren sanık hakkında "...daha önce kasıtlı suçtan mahkûm olmuş olması nedeni ile koşulları oluşmadığından" şeklindeki yetersiz gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiş…", Yrg. 7. CD., E. 2019/2579, K. 2021/8677, T. 28.6.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

37 "… Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda sanığın TCK'nın 85/1, 62/1, 50/4 ve 52/4. maddeleri uyarınca 12.100 TL adli para cezası ile cezalandırıldığı, ölenin eşi mağdur H.D.'nin 13.03.2010 tarihli oturumda manevi zararları ile birlikte maddi zararlarının da sanık tarafından tazmin edildiğini bildirdiği, sanık müdafisinin 10.11.2010 tarihli oturumda sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını talep ettiği, Yerel Mahkemece "Sanığın bütün duruşma aşamalarına ve savunmasına yansıyan söylem ve davranışları, inkârcı tutumu ve bakış açısı göz önüne alınarak sanığa atfedilen eylemin taksirli olması, bir daha aynı nitelikli bir iş kusurunu işlemeyeceği ve pişmanlık duyduğu yönünde vicdani kanaatin oluşmaması, aynı nitelikli eylemlerin yarattığı sosyal etki nedenleri ile… hakkında hükmün açıklamasının geri bırakılmasının düşünülmediği ve uygun görülmediği, ayrıca yargılama süresindeki müteveffanın yakınlarına maddi tazminat ödenmesinin sanık lehine takdiri indirim nedeni olarak değerlendirildiği" şeklinde gösterilen gerekçe ile sanık hakkında CMK'nın 231. maddesinin uygulanmamasına karar verildiği anlaşılmakla; yargılama sürecinde sadece bir oturuma katılan, herhangi bir olumsuz davranışı dosyaya yansımayan ve hakkında takdiri indirim nedenleri uygulanan sanığın adli sicil kaydında herhangi bir hükümlülüğünün bulunmaması, sanığın taksirli eyleminin oluşturduğu sosyal etkinin CMK'nın 231/6-b maddesi uyarınca yapılacak subjektif değerlendirmede dikkate alınamayacağının gözetilmemesi, sanığın "inkârcı tutumu ve bakış açısı" olarak görülen hâlinin savunma hakkı kapsamında kalması ve sanığın olaydan sonra ölenin eşi mağdur H.'nin maddi zararlarını gidermek suretiyle etkin bir şekilde pişmanlık göstermesi karşısında, Yerel Mahkemece, tüm objektif şartları taşıyan sanığın CMK'nın 231/6-b maddesi uyarınca kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyip işlemeyeceği takdir edilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken CMK'nın 231. maddesinin uygulanmamasına ilişkin olarak gösterilen sanığın pişmanlık duymadığına dair gerekçenin dosya kapsamına uygun düşmediği, gösterilen diğer gerekçelerin ise yasal ve yeterli olmadığı kabul edilmelidir", YCGK., 15.01.2019, 2019/443-4, www.kararara.com, (E.T:09.12.2021).

atin somut bilgi ve belgelere dayanması önem arz etmekte olup soyut ve matbu ifadelerden kaçınılmalıdır.[38] Öğretide hakim bu hususa ilişkin kanaatini gerekçelendirmek adına sanığın yalnızca duruşma esnasındaki hal ve tutumunu değil sanığın yargılanmakta olan diğer dava dosyalarının bulunması, diğer sabıka kayıtları ve içeriği gibi hususlardan da yararlanabileceği ifade edilmektedir.[39]

Yine öğretide bir görüşe göre;[40] sanık hakkında daha önce birden fazla farklı suça ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmış olması hali "*yeniden suç işlemeyeceği*" hususundaki kanaat bakımından olumsuz bir değerlendirme olarak kabul edilebilmelidir.

Bu koşullara ek olarak suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekmektedir. Burada zarar kavramından anlaşılması gereken maddi zarar olup bu zararın da belirlenebilir nitelikte olması önem arz etmektedir. Bir başka deyişle manevi zarar bu kapsamda kabul edilmemektedir.[41]

38 Yenisey/Nuhoğlu, s. 823; Centel/Zafer, s. 822-823.
39 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 641.
40 Şahin/Göktürk, s. 195.
41 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 692; Yenisey/Nuhoğlu, s. 824; Hakeri/Ünver, s. 692; Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 642; Centel/Zafer, s. 822; Güngör/Okuyucu, s. 1956.
"Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarihli ve 2008/250-13 Sayılı kararında açıklandığı üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 231/6-c. madde ve bendinde işaret olunan, zarar kavramının kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenebilir, ölçülebilir maddi zararlara ilişkin olduğu, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği, zarar koşulunun ancak zarar suçlarında dikkate alınması gereken bir unsur olduğu, defter ve belge ibraz etmeme suçunda anılan maddenin aradığı anlamda somut bir zarardan söz edilemeyeceği dikkate alındığında; 5271 sayılı CMK'nın 231/8. maddesine 18.06.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle eklenen "Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanması geri bırakılmasına karar verilemez" şeklindeki hükmün ancak yürürlük tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından uygulanabileceği gözetildiğinde engel adli sicil kaydı olmayan, hakkında erteleme hükümleri uygulanan ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul eden sanık hakkında, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle, zarar giderilmediğinden bahisle CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi…" , Yargıtay 11. CD., E. 2017/9003, K. 2021/5824, T. 23.6.2021, www.kazanci.com , (E.T:09.12.2021).
Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre; kanun koyucunun hükümde zarar türlerinden yalnızca birini vurgulaması ve sadece genel olarak "zarar" kavramını tercih etmesi karşısında artık burada maddi veyahut manevi zarar ayrımının yapılmadı-

Maddi zarar hâkim ya da mahkemenin basit bir araştırma ile saptayabileceği zarardır.[42] Hâkim ya da mahkeme burada zararın kapsamını tespit ederken gerçek zararı tam anlamıyla tespit etmekten ziyade kanaat verici bir basit araştırmayla yetinilmelidir. Çünkü sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması suçtan zarar görenin manevi tazminat davası açmasına engel değildir.[43] Bu koşul derhal yerine getirilemediği takdirde sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir (CMK m. 231/9). Burada önem arz eden

---

ğını kabul etmek gerekecektir. Hal böyle iken hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından manevi zararın da ele alınması gerekmektedir. Karakehya, s. 568-569.

42 "Defter belge gizleme suçunda, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 gün ve 2008/250-13 sayılı kararında açıklandığı üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 231/6-c madde ve bendinde işaret olunan, zarar kavramının kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenebilir, ölçülebilir maddi zararlara ilişkin olduğu, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği, zarar koşulunun ancak zarar suçlarında dikkate alınması gereken bir unsur olduğu, defter ve belge ibraz etmeme suçunda anılan maddenin aradığı anlamda somut bir zarardan söz edilemeyeceği dikkate alındığında; suç tarihi itibarıyla engel mahkûmiyeti bulunmayan, yargılama sürecindeki davranışları ile geçmişi lehine takdiri indirim nedenleri sayılan, hakkındaki mahkûmiyet hükmü ertelenen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep eden sanık hakkında, "zarar giderilmediğinden" şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiş", Yrg. 11. CD., E. 2017/10165, K. 2021/5780, T. 22.6.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

43 Yenisey/Nuhoğlu, s. 824; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Özaydın/Akcan/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 441; Bıçak, s. 784.
"Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas ve 2009/13 Karar sayılı kararında da kabul edildiği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde mahkemece kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği, olayda mağdurun tazminat talebi olmadığı gibi, dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde sanığa yüklenen sahtecilik suçundan herhangi bir maddi zararının bulunmadığı da gözetilerek kayden suç tarihinden önce sabıkasız olan ve hakkında olumlu kanaat bulunduğu gerekçesiyle cezası ertelenen sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasının (b) bendinde belirtilen "sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması" koşulunun oluşup oluşmadığı hususunun karar yerinde değerlendirilerek, sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, zararın giderilmediği gerekçesi ile ve erteleme kararındaki gerekçe ile çelişkiye düşülmek suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi…", Yrg. 15. CD. E. 2015/10034, K. 2018/6113, T. 1.10.2018, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

husus sanığın kısmi bir ödeme yapması hükmün açıklanmasının geri bırakılması için yeterli olmayıp bu hususta suçtan zarar görenini rıza göstermiş olması da önem arz etmemektedir.[44] İfade etmek gerekir ki somut olayda zarar bulunmaması yani işlenen suç neticesinde bir zarar oluşmaması veyahut bir zarar neticesinin aranmadığı hallerde de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Kanun koyucu m. 231'de bu karar türüne başvurmak için bir zarar şartı aramamış olup zarar neticesinin doğduğu haller bakımından bir düzenleme getirmiştir.[45] Ayrıca zararın hangi sanık tarafından giderildiği önem arz etmemekte olup sanıklardan birinin tüm zararı gidermesi halinde diğer sanıklar bakımından da koşulları oluştuğu halde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.[46]

---

44 Doktrinde bu duruma ilişkin ayrı bir düzenlemenin getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bakınız: Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 692.

45 Hakeri/Ünver, s. 692; Yenisey/Nuhoğlu, s. 824; Şahin/Göktürk, s. 196.
"Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır. Ancak, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır. Örneğin, 6136 sayılı Kanun'un 13. maddesine aykırılık halinde, herhangi bir zarar bulunmadığından zararın giderimi koşulu aranmaz. Zararın belirlenmesinde hâkim, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hâkimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira, 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.", Yrg. CGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 3.2.2009, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

46 Hakeri/Ünver, s. 694.
"Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 esas-2009/13 karar sayılı içtihadında; "Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kastedilen maddi zararlar olup manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır. Ancak, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır" şeklinde karar verildiği nazara alındığında, Somut olayda; sanık hakkında konut dokunulmazlığını ihlâl suçundan mahkûmiyet kararı verildiği, sanığın adlî sicil kaydının bulunmadığı, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun somut zarar suçu olmadığı, bu itibarla, yukarıda belirtilen objektif koşulların yanı sıra mahkemece takdire dayalı subjektif koşul da ortaya konularak, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin belirlenmesi gerekirken,

Son olarak sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın ***kabulü*** gereklidir. Bu kabul ya da red hükmün verilmesine kadar herhangi bir zamanda geri alınabilir.[47] Uygulamada hüküm verilmeden önce sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediğinin sorulmasının hatalı bir uygulama olduğu, bu şekilde geliştirilen uygulamanın sanığın kendini daha hüküm açıklanmadan mahkûm olarak düşünmesine yol açtığı ifade edilmektedir. Bu nedenle hâkim önce hükmü açıklamalı ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kabulü sanığa sormalıdır.[48] Ayrıca sanığın zararı giderdiği bir halde zararı gidermesi suçu kabul ettiği şeklinde yorumlanmaksızın mutlaka açık bir şekilde ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediği sorulmalıdır.[49]

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ SONUÇLARI

Yukarıda açıklanan koşulların mevcut olması halinde artık sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Bu halde sanık hakkında beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Denetim süresi içinde sanık hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir. Kanun koyucunun böyle bir hükme yer vermesinin sebebi failin işlediği birden çok suç hakkında HAGB kararının verilmesine engel olmaktır.[50] Burada önem arz eden tartışmalı husus ***"kasıtlı bir suç nedeniyle"*** ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir.

---

somut zarar suçu olmayan konut dokunulmazlığını ihlâl suçundan "katılanın zararını gidermediği" şeklindeki hatalı gerekçeyle sanık hakkında bu suç açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmamasına karar verilmesinde, isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur", Yrg. 2.CD., E. 2020/15159, K. 2020/7780, T. 6.7.2020, https://kararararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

47 Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 693.

48 Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 642; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Özaydın/Akcan/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 439; Karakehya, s. 567.

49 Centel/Zafer, s. 822.

50 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 694.

Öğretide bir görüşe göre;[51] kanun koyucunun tercih ettiği bu kavram muğlak olup bu şekilde bir kavram tercihinden kaçınılması gerekmektedir. Çünkü mevcut hali ile kasıtlı suçun varlığından ne zaman söz edileceği anlaşılmamaktadır. Yeni kasıtlı suça ilişkin yargılama yapılarak hükmün kesinleşmesinin aranıp aranamayacağı belirsizdir. Hükmün kesinleşmesi aranmadan suçun işlendiğinin kabul edildiği takdirde masumiyet karinesi ve onunla bağlantılı olarak şüpheden sanık yararlanır ilkesi işlevini yitirecektir.

Görüldüğü üzere denetim süresi ile denetimli serbestlik tedbiri birbirinden farklı hususlardır. Çünkü denetim süresi boyunca sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirlerine başvurulamayacak olup kanunda bu konuda bir sınırlama getirilmiştir. Fakat bu sınırlamaya ek olarak denetimli serbestlik türüne ve sınırlar içerisinde süresine karar verme hususunda hâkime bir takdir yetkisi verilmiştir.[52]

Hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sanık ***beş yıl süreyle*** denetime tabi tutulacaktır. Çocuklar bakımından ise Çocuk Koruma Kanunu m. 23 gereğince bu süre 3 yıldır. Denetim süresi boyunca dava zamanaşımı süresi işlemeyecek olup hüküm açıklanmadığı için hükme karşı istinaf kanun yoluna da başvurulamayacaktır. Bu süre içerisinde mahkeme hakkında ***bir yıldan fazla olmayacak şekilde*** bir süre belirleyerek sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilecektir.

Yine bu süre boyunca TCK m. 53 anlamında hak yoksunluğuna veyahut TCK m. 54 ve 55 anlamında başta müsadere olmak üzere gü-

---

51 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 694.
52 Şahin/Göktürk, s. 202.

venlik tedbirlerine hükmedilmemelidir. Hükmedildiği takdirde de infazı gerçekleştirilmemelidir. Çünkü henüz kesinleşmemiş, açıklanmayan ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan bir hükme dayalı müsadere ya da hak yoksunluğu kararlarının infaz edilmesi hukuka aykırı niteliktedir. Aksi bakış açısında ilerleyen süreçte sanığın istinaf kanun yoluna başvurarak bu kanun yolu neticesinde beraat kararı verilmesi halinde doğacak zararın nasıl tazmin edileceğine dair kanunda bir açıklık bulunmadığı için mağduriyete yol açacaktır.[53]

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde mahkûm olunan hapis cezası ertelenemeyecek ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir. (CMK m. 231/7). Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı cezanın kişileştirilmesine ilişkin erteleme ya da seçenek yaptırımlara çevirmeden önce ele alınması gereken bir husustur.[54]

---

53 Centel/Zafer, s. 823-824.

54 "Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 2006/6-346-25, Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 gün ve 2008/11-250-13 ile Ceza Genel Kurulu'nun 29.09.2009 gün ve 2009/4-130-213 sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararında da açıkça belirtildiği gibi, şartlı bir düşme nedeni oluşturan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, objektif şartların (mahkumiyet, suç niteliği ve ceza miktarı, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmama, zararın giderilmesi) varlığı halinde, 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce re'sen, bu değişiklikten sonra ise sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair bir beyanının olmaması halinde mahkemece diğer kişiselleştirme hükümleri olan seçenek yaptırımlara çevirme ve ertelemeden önce değerlendirilmesi gerekmektedir.
Öte yandan kanun koyucu, kişi hakkında kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile belirli şartların gerçekleşmesi halinde kişilerin işledikleri birtakım suçlardan dolayı adli yönden lekelenmemeleri için bir fırsat tanımak istemiştir. Kanun koyucu, 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesine 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenlediği 5-14. fıkraları eklediği aşamada 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesindeki yasal düzenlemeyi ve zorunlulukları bilmektedir. Buna rağmen CMK'nın 231. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenlemeyi yapmakla, açıklanması geri bırakılan hükümlerde 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesindeki yaptırıma çevirme zorunluluğunun uygulanmamasını istediği yönündeki iradesini açıkça ortaya koymuştur. Aksi görüşün kabulü, daha önce hapis cezasına mahkûm olmamış çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması suretiyle adli yönden lekelenmeme haklarının ellerinden alınması sonucunu doğurur ki, bu sonuç hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının düzenleniş amacına açıkça aykırıdır. Bununla birlikte, şartların gerçekleşmemesi nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi veya açıklanması geri bırakılan hükmün 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 11. fıkrası uyarınca açıklanması sırasında 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu mahkemece göz önüne alınacaktır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlen-

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde, karar bu duruma mahsus bir sisteme kaydedilmektedir. Bir başka deyişle bu karar adli sicile değil de mahsus sicile kaydedildiği için bu karara ilişkin sanığın adli sicil ve arşiv kaydı bulunmaz.[55] Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilmektedir (CMK m. 231/13).

Sonuç itibariyle sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlememesi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranması halinde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilecektir (CMK m. 231/10). Sanık denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işler veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranır ise, mah-

---

dirildiğinde;
Geçmişte sabıkası bulunmayan ve kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen çocuk sanıklar hakkında yerel mahkemece, hüküm tarihi itibarıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce re'sen değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanıklara verilen kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca zorunlu olarak seçenek yaptırıma çevrildiği gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.
Diğer taraftan kabule göre de ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.2014 gün ve 180-324 sayılı kararında açıklandığı üzere 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin 6. fıkrası ile yalnızca yetişkin sanıklarla ilgili bir düzenleme öngörülmüş olduğundan, kısa süreli hapis cezası aynı kanunun 50. maddesi uyarınca seçenek tedbire çevrilen çocuk sanık Pınar hakkında seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine 30 gün içinde başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infaz edileceğinin ihtarına karar verilmesi de isabetsizdir.
Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün hüküm tarihi itibariyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükmünün diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce re'sen değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanıklar hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca zorunlu olarak seçenek yaptırıma çevrildiği gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi ve kabule göre de 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin 6. fıkrası ile yalnızca yetişkin sanıklarla ilgili bir düzenleme öngörülmüş olduğundan, kısa süreli hapis cezası aynı kanunun 50. maddesi uyarınca seçenek tedbire çevrilen çocuk sanık Pınar hakkında seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine 30 gün içinde başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infaz edileceğinin ihtarına karar verilmesi isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmelidir", Yrg. CGK, E. 2014/3-86, K. 2015/200, T. 9.6.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

55 Süleyman Türkarslan, "Adli Sicil Kayıtlarının Hukuki Niteliği ve Silinme Koşulları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* S. 4, 2014, s. 22.

keme hükmü açıklayacaktır. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilecektir (CMK m. 231/11).

Mahkeme açıklayacağı hükmü önceki hükme yalnızca atıf yaparak değil tüm gerekçeleri yeniden ortaya koyarak açıklamalıdır.[56] Uygulamada genellikle hükmün açıklanmasını geri bırakan hâkim ile hükmü açıklayan hâkimin farklı olduğu ve bu nedenle sonra gelen hâkimin hükmü kanun yolu incelemesi yapar gibi hükmü açıkladığı görülmektedir. Bu neden burada yapılması gereken yalnızca önceden tesis edilen hükmün açıklanmasından ibaret olmalıdır.[57]

Burada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılacak itirazda ilgili merciin değerlendirmesinin kapsamının ne olacağı önem arz etmektedir. İfade etmek gerekir ki itiraza ilişkin hükümlerde incelemede işin esasına girilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmayıp nasıl ki tutuklamaya itirazda tedbire başvurulmasının hukuka uygunluğu da tartışılıyorsa HAGB'ye itirazda da bu şekilde bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Aksi bakış açısı hak arama hakkının ihlal anlamına gelecektir.[58] Yargıtay'ın bu konuda yerleşik içtihadı, yapılacak itiraz incelemesinde merciin hem maddi hem hukuki inceleme yapacağı yönündedir.[59]

---

56 "5271 sayılı CMK'nın 230 ve 232. maddeleri uyarınca hüküm fıkrasında; "223. maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, tayin olunan ceza miktarının ve kanun yollarına başvurmanın mümkün olup olmadığının" hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmeli, öncelikle denetime imkan verecek şekilde, diğer taraftan kesinleştiğinde başka bir kararın varlığını gerektirmeden infaza esas alınabilecek nitelikte bir hüküm kurulmalıdır. Bu nedenle yerel mahkemece 5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesi uyarınca denetime imkân verecek ve kesinleştiğinde bir başka kararın varlığını gerektirmeden infaza esas alınabilecek nitelikte yeni bir karar verilmeyip, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükme atıf yapılması usul ve kanuna aykırıdır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme kararının, denetime imkân verecek ve kesinleştiğinde bir başka kararın varlığını gerektirmeden infaza esas alınabilecek nitelikte yeni bir hüküm kurulmaması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir", Yrg. CGK, E. 2014/8-145, K. 2015/145, T. 5.5.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

57 Karakehya, s. 572-573.

58 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 702.

59 "İtiraz incelemesi sonucunda nasıl bir karar verileceği ve bu bağlamda CMK'nın

V. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ MEMURİYETE ETKİSİ

A. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ MEMURİYETE GİRİŞ VE MEMURİYETİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

Anayasamızın 70. maddesi gereğince her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez. Bizler için önem arz eden memuriyete giriş kavramı ise hükümde dile getirilen kamu girme hakkının bir alt türü niteliğindedir.[60] DMK m. 48 doğrultusunda genel ve özel olmak üzere memuriyete girişte birtakım koşullar aranmak-

271/2. maddesinde yer alan; "İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir" şeklindeki düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Kanun'un 271/2. maddesindeki düzenlemeye göre, merci, itirazı yerinde görürse itirazın kabulüyle birlikte "itiraz konusu" hakkında da karar verecektir. Başka bir anlatımla merci, itirazı kabul ettiğinde, verilmesi ya da kaldırılması gereken bir karar varsa bunu kararı veren mahkemeye bırakmadan kendisi vermeli ya da kaldırmalıdır, örneğin görevsizlik kararına yönelik bir itirazı inceleyen merci, itirazı yerinde görürse aynı zamanda görevsizlik kararını da kendisi kaldırmalıdır. Dolayısıyla, kanunda yer alan "İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir" hükmü, itirazı kabul eden merciin sadece "itiraz konusu" hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandıracak (örneğin görevsizlik kararını kaldıran merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldıran merciin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.2009 gün ve 182-209 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen merciin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu açıklamalar göz önüne alındığında itiraz kanun yolu incelemesinin kapsamına ilişkin olarak somut olay değerlendirildiğinde; İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafiine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafiini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da TCK'nın 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir", YCGK 22.01.2013, 2012/10-534 E., 2013/15 K., https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

60 Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 405.

tadır. Burada önem arz eden husus DMK m. 48/A-5'te *"**Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile** devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (…)(1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak."* koşuluna yer verilmiş olmasıdır. Hükümde ceza miktarı ve suç türü dikkate alınarak bir ayrım yapılmıştır.

Burada sayılan suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde memuriyete nasıl etki edeceği önem arz etmektedir. İfade edilen etkiyi hem memuriyete girişte hem de memurluktan çıkarılma/görevin sonlandırılması bakımından ayrı ayrı ele almak gerekir. Çünkü hükümde aslında ikili bir ayrım yapılmıştır;

1- ***Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile*** kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olma hali

2- **Affa uğramış olsa bile** devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olma hali memuriyete engel olarak kabul edilmiştir.

İkinci olasılık bakımından para cezası alınmış olması veyahut ceza miktarının düşük olması, hak yoksunluğuna hükmedilmiş olması arasında bir ayrım bulunmamaktadır.[61] Yine sanığın bu hükümde sayılan suçlardan birkaçını işlemesi halinde her suç bakımından ayrı ayrı memur olma ehliyetinin ele alınması gerekli olup idare tarafından cezanın toplanarak bütüncül bir şekilde alınması mümkün değildir.[62]

---

61 Serkan Çınarlı/Sevinç Arslan Hızal, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 134, Ekim 2017, s. 21.

62 Çınarlı/Hızal, s. 21.

Birinci olasılık bakımından sanığın kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren bir suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması memuriyete engel teşkil etmeyecektir. Çünkü HAGB kararının verilmesi halinde TCK m. 53 anlamında hak yoksunluğuna hükmedilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte ikinci olasılık bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olur ise nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği tartışmalıdır.

Devlet memurluğunun sona ermesi hallerinden çalışmamız bakımından önem arz eden durumlar memurluktan çıkarılma ve koşullarda eksikliktir. DMK m. 98'de düzenlenen devlet memurluğundan çıkarılma cezası memurun işlediği disiplin suçunun ağırlığından kaynaklanmaktadır. Memuriyetten çıkarılan kişi bir daha devlet memurluğuna atanamayacağından en ağır disiplin cezası niteliğindedir[63]. Hal böyle iken memur bu durumda memuriyetle ilgili bütün haklarını kaybettiği için tereddütte sebep veren bir hal var ise dar yorumlanmalıdır.[64]

Bizler için önem arz eden disipline konu fiil ve cezası DMK m. m. 125/1-E-g'de yer alan *"Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak"* düzenlemesidir. Öğretide hükmün lafzında yer verilen *"Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler"* kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtilmemesi, burada tespit konusunda idareye geniş bir takdir yetkisinin verilmesi ve yetki neticesinde farklı uygulamaları beraberinde getirmesi nedeniyle tehlike arz ettiği ifade edilerek eleştirilmektedir.[65]

Bu haller bakımından iki önemli olasılık söz konusudur. Bunlardan ilki yukarıda ifade edilen DMK m. 48/5'te yer alan devlet memurluğuna girişe engel olan suçlardan birinin işlenmesidir. Diğer olasılık ise içtihatlarla ortaya konan "*yüz kızartıcı*" olarak kabul edilen fiilleridir.

---

63 Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt: I Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 260; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 768.

64 Oğuz Sancakdar, Disiplin yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 150.

65 Sancakdar, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 241.

Koşullarda eksiklik ise DMK m. 98/b'de *"Memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi"* halidir. DMK m. 48/5'te yer alan devlet memurluğuna girişe engel olan suçlardan birinin görev süresinde işlenmesi halinde artık DMK m. 98/b gereğince koşullarda eksiklik nedeniyle memuriyeti son erdirilecektir.

Bu açıklamalar doğrultusunda HAGB kararının memuriyete girişte ve memuriyet görevinin sona ermesinde/çıkarılmaya etkisine ilişkin öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır:

Öğretide hâkim görüşe göre;[66] yukarıda ilk bölümde ifade edildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde açıklanan veyahut kesinleşen başka bir deyişle hukuki sonuç doğuran bir mahkûmiyet kararı bulunmadığı için CMK m. 231/5 gereğince bu suçlar bakımından verilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması memuriyete etki etmeyecektir. Bir başka deyişle memur hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi DMK m. 98/b *"Memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi"* hükmüne dayanılarak memuriyeti sona erdirmeyeceği gibi memuriyete girişte de bir engel teşkil etmeyecektir. Aksi bakış açısı masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde memur hakkında disiplin soruşturması yapılmasına engel bir husus bulunmamaktadır.[67]

---

66 Sancakdar/Önüt/Doğan/Kasapoğlu/Seyhan, s. 412; Oğuz Sancakdar, Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 3765 Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 25802019, Eskişehir 2019, s. 34; Mehmet Karaaslan, "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *AÜHFD*, Yıl: 2009, C.: 58, S. 1, s. 108-109; Çolak/Özdemir, s. 112; Güngör/Okuyucu, s. 1954-1955; Akif Yıldırım, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 493-494; Rezan Epözdemir, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 336-337; Enver Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 237-238; İbrahim Pınar/Öner Çalışkan, Memurluğun ve Kamu Görevinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 190; Erhan Günay, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 423-424; Ersan Şen/Mert Maviş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 85; Enver Kaşlı, Polis Disiplin Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 218; Zehreddin Aslan/Halil Altındağ, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 35; Yasin Sezer/Ali İhsan İpek, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", *TAAD*, C. 1, S. 3, 2010, s. 61-62.

67 [68]Çınar Can Evren/İsmail Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, An-

Fakat burada hakkında DMK m. 125/E-g dayanak gösterilerek yapılacak soruşturmada salt hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı dayanak gösterilmemelidir. Karar gerekçesi bir bütün olarak ele alınmalı ve kullanılan dile dikkat edilerek suçlayıcı ifadelerden kaçınılmalıdır. [68]

Doktrinde ***Çınarlı/Hızal*** da benzer bir görüşte olmalarına rağmen mevcut hukuki durumu eleştirmektedirler. Yazarlara göre HAGB hukuki sonuç doğurmamak üzere kabul edilmiş bir müessesedir. Öte yandan kurumun kişiye ikinci bir şans verme ve ıslah amacı da dikkate alındığında esasen memuriyete girişe engel olmamalıdır. Fakat bu durumda HAGB aftan daha geniş bir etkiye sahip olacaktır. Zira aynı

kara 2020, s. 71-72; Çınarlı/Hızal, s. 26.
"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenlemeleri içeren 231. maddesinde de sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın nitelik ve süresine göre belirlenen hallerde mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmış, maddenin devamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için gerekli şartlar belirlenmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade ettiği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde açıkça belirtilmiş olup buna göre sanığın suçluluğu sabit olmakla birlikte Kanun'da öngörülen denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması ve öngörülen diğer koşulların varlığı halinde suç hiç işlenmemiş gibi kabul edileceği açıktır. Ancak 5271 sayılı Kanun'da düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin kamu görevi yürüten kişinin göreve devam yönünden değerlendirilmesinde, ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucunda sanığın suçluluğu sabit görülerek hüküm kurulduğu ve suç işlediği sabit olan kişinin bu vasfıyla yürüttüğü kamu görevine etkisinin belirlenmesi gerekmekte olup disiplin cezaları ve ceza verilmesine neden olan eylemler memurların çalıştıkları kurumun düzenine aykırı fiilleri nedeniyle kendilerine uygulanan zorlayıcı önlemler niteliğinde olduğundan disiplin cezasını gerektiren fiilin niteliğine göre ceza yargılamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması disiplin hukuku yönünden ortada bir ceza mahkumiyeti bulunmadığından bahisle disiplin cezası uygulanmaması sonucunu doğurmayacaktır. İşlenen fiilin niteliğinin yürütülen görevin gerektirdiği niteliklerin kaybedilmesi mahiyetinde olduğu hallerde fiilin karşılığı disiplin cezasının uygulanması yargı kararıyla suçun sabit olması hususu dikkate alınarak kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuat yönünden yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir". Danıştay 12. D., 2011/9670 E., 2012/3553 K, 25.05.2012 T., www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

68 Yıldırım, s. 497-498; Oğuz Sancakdar/Elif Altınok Çalışkan/Gizem Dursun Özdemir/Pınar Yağcı/Serkan Seyhan/Egemen Karaca, Disiplin Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2022, s. 245-246; Epözdemir, s. 339; Cihan Yüzbaşıoğlu, "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi", Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014/1, Cilt I, s. 713-714.

suç affa uğradığında memuriyete girişi engelleyecek fakat fail hakkında HAGB kararı verildiğinde memuriyete girişe engel olmayacaktır. Bu yönüyle HAGB DMK m. 48'in uygulanmasına bir anlamda engel olmaktadır. [69]

Farklı görüşte olan ***Çolak/Özdemir'e*** göre;[70] burada erteleme bakımından yapılan açık düzenleme gibi Anayasa m. 174'e ve benzer bir şekilde DMK m. 48/A-5'teki suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından da açık bir düzenleme getirilmesi gerekirdi. Aksi bir durumda hükümde belirtilen suçlar bakımından hakkında HAGB kararı verilen memur görevini ifa etmeye devam edecektir. Bu durum toplum vicdanını zedelemekle birlikte meslek ile bağdaşmayan bir hal teşkil etmektedir. Bu nedenle DMK m. 125/E-g'de yer alan "*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*" fiili gereğince memur hakkında HAGB bekletici mesele yapılmadan disiplin soruşturmasına başlanılmalı ve devlet memuriyetinden çıkarılmasına karar verilmelidir.

Yine benzer bir görüşe göre;[71] ceza yargılamasında verilen bir karar kural olarak idare mahkemesi bakımından bağlayıcı değildir. Fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu somut olay ve deliller gerekçe gösterilerek sanığın memuriyetten çıkarılmasına karar verilebilir. Örneğin; somut olayda stadyumda gelişen anlık bir basit yaralama olayında polis memuru hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı doğrudan memuriyetten çıkarılması sonucunu gerektirmeyebilir. Kararın kendisi tek başına etkili olmamalı, somut olay ayrıca değerlendirilmelidir.[72] Disiplin soruşturmasında HAGB kararına dayanılması tek başına masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmeyecek olup bütüncül bir şekilde ele alınarak gerekçenin değerlendirilmesi gerekmektedir.[73]

---

69 Çınarlı/Hızal, s. 22-23.

70 Çolak/Özdemir, s. 105, 115-116.

71 Can Yalçın, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 279.

72 Ahmet Kezer, 80 Soru ve Yanıtta Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 429-430.

73 Akif Yıldırım, "Disiplin Soruşturmalarında "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" Kararlarına Dayanılması Masumiyet Karinesinin İhlali Sayılır mı?", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 123.

Son olarak bir başka görüşe göre;[74] hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında fiil halen suç olma vasfını korumakta ve aslında sanığın suçu işlediği sabit olmakla birlikte hükmün açıklanması geri bırakılmaktadır. Bu nedenle şartların oluşması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılarak memur hakkında disiplin soruşturması yapılıp devlet memurluğundan çıkarma cezası verilebilecektir.

B. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ MEMURİYETE GİRİŞTE ÖZEL ŞART OLARAK DÜZENLENMESİ

Memuriyete girişte gerekli olan genel şartlara ek olarak bazen özel şartlar da aranmaktadır. Belirli bir görevin gereği olarak aranan şartlar "*özel şart*" olarak adlandırılmaktadır.[75] Özel şartlar DMK m. 48/B'de düzenleme alanı bulup ikiye ayrılmaktadır.[76] Bizler için önem arz eden özel şartlar kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartlardır.

Çalışma içerisinde bu şekilde ayrı bir başlığa yer verilmesinin nedeni HAGB kararının memuriyete girişte aranan özel şartlar bakımından etkisinin mevzuatta dağınık ve çeşitli şekillerde düzenlenmesi ve uygulamada ciddi hak kayıplarını beraberinde getirmesidir. Burada ele alınması gereken husus bazı meslek grupları bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete girişe veyahut aday memurluğa geçişe engel teşkil edeceğine dair düzenlemelere yer verilmesidir.

Bu konudaki örneklere bakacak olursak;

Þ 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı ***Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu***'nun 36. maddesinin 3. fıkrasında yer alan: "*Haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya buna bağlı düşme kararı verilse dâhi, firar veya izin tecavüzünde bulundukları (…) (1) mahkeme kararı ile sabit*

74 Sümeyra Sena Kurt, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 9, S. 17, Haziran 2021, s. 412-413. Benzer görüş için bakınız: Harun Kale, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 60, Ağustos 2011, s. 47.

75 Halil Kalabalık, Kısa İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 380.

76 Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 502.

olanların firarda veya izin tecavüzünde geçen süreleri, (1) kıdemlerinden düşülür" hükmü uyarınca subayların hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde dahi firarda veya izin tecavüzünde geçen süreler kıdemlerinden düşülmektedir. **Görüldüğü üzere açık bir şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bir hukuki sonuç bağlanmıştır.**

Þ 14.6.2012 tarihli ve 6328 sayılı ***Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'***nun baş denetçi ve denetçilerin niteliğini belirleyen 10. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde: *"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına ya da affa uğramış olsa veya* ***hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile*** *Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak"* denerek başdenetçi ve denetçi seçilmeye engel bir düzenleme getirilmiştir.

Þ 13.6.2001 tarihli ve 4678 sayılı ***Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'***un sözleşmeli subaylık için aranan koşullar arasında 4. maddede;

"Cezaları ertelenmiş, seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmiş, genel ya da özel af kanunları kapsamına girmiş veya ***haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi****;*

1) Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar, halkı askerlikten soğutmak, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama ile zimmet, irtikap, iftira, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, yalan tanıklık, yalan yere yemin, suç uydurma, cinsel saldırı, cinsel taciz, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak, fuhuş, gayri tabii mukarenet, hileli iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar ile kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından birisinden,

2) Firar, amir veya üste fiilen taarruz, emre itaatsizlikte ısrar, üste hakaret, mukavemet, fesat ve isyan suçlarından,

3) 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Kanunun 148 inci maddesinde belirtilen suçlardan birisinden, mahkûm olmamak." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Þ 10.3.2011 tarihli ve 6191 sayılı ***Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu***'nun üçüncü maddesinde sözleşmeli erlik bakımından da benzer bir düzenleme yer almaktadır.

Þ ***Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Tercüman Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik***'in altıncı maddesinin "*d*" bendinde tercüman listesinde yer alabilme koşulları arasında: *"Affa uğramış ya da ertelenmiş olsalar bile Devlete ve adliyeye karşı işlenen suçlar, 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs veya kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından hükümlü olmaması* ***veya hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmemiş olması***" koşulu yer almaktadır.

Þ ***Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği*** m. 8/1-g'de polis meslek eğitim merkezlerine başvuracak adaylarda;

"g) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile;

*1**) Kasten işlenen bir suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak,***

*2) **Affa uğramış veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile** devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan dolayı mahkûm olmamak veya bu suçlardan dolayı devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunmamak veya kovuşturması uzlaşma ile neticelenmemiş olmak"* şartı aranmaktadır.

Þ Benzer bir koşula yine ***Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği*** m. 8, Sözleşmeli ***Subay ve Astsubay Yönetmeliği*** m. 9/6, ***Sözleşmeli Erbaş ve Er Yönetmeliği*** m. 7/1-g'de yer verildiği görülmektedir.

Buraya kadar görüldüğü üzere HAGB kararı zaman zaman memuriyete girişte memuriyete engel olacak bir özel şart olarak düzenlenmiştir. Bu duruma ek olarak **HAGB kararı bazen dolaylı olarak memuriyete girişte "*güvenlik soruşturması olumlu olmak*" özel şartı ile de ilişkilendirilmektedir.**

Nitekim ***Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği***'nin 6. maddesinin 5. fıkrasında koruma güvenlik görevlisi ile infaz ve koruma memuru kadrolarına atanabilmek için "*güvenlik soruşturması olumlu olmak*" özel şartına yer verildiği görülmektedir. Burada güvenlik soruşturması kapsamında hakkında hükmün açıklanması geri bırakılan kişilerin uygulamada mağduriyet yaşadığı ve mahsus ekranda bu kararın görüntülenmesi neticesinde memuriyete girişte özel şartın sağlanmadığı ifade edilmektedir. İdareye bu konuda bu derece geniş bir takdir yetkisinin tanınmış olması uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki sonuç doğurmasına neden olmaktadır.[77]

Nitekim Danıştay bu konuda birbirinden farklı görüşler içeren kararlar vermek ve hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesini zedelemektedir. Danıştay bazı kararlarında güvenlik soruşturmasının olumlu ya da olumsuz nitelendirilmesinde HAGB kararı üzerinden geçen süre ve sanığın HAGB'ye konu suçu işlediği dönemde kaç yaşında olduğu gibi kıstasları dikkate aldığı görülmektedir.[78] Bazı kararlarında ise da-

---

77 Çınarlı/Hızal, s. 24.

78 "Davacının yaklaşık 11 yıl önce ve henüz 18 yaşında iken gerçekleştirdiği fiiller sebebiyle görevli memura mukavemet suçundan 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, 5 yıl süre ile denetimi tabi tutulmasına ve bu sürenin herhangi bir yasaklamada bulunulmadan veya yükümlülük yüklenilmeden geçirilmesine karar verilmesinin, söz konusu fiilin niteliği ve aradan geçen süre göz önüne alındığında hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına neden olduğundan söz edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu duruma göre; davacının atamasının yapılmamasına dair davaya konu işlemlerde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır". Danıştay 12. D., E. 2015/2238, K. 2015/4853, T. 17.09.2015, www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).
"Dava dosyasının incelenmesinden; Sakarya Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi

vacının görevinin niteliğini ve gereklerini dikkate alarak HAGB kararının güvenlik soruşturmasına etkisini değerlendirmiştir.[79]

Adalet Komisyonu Başkanlığı tarafından yapılan infaz ve koruma memurluğu öğrenciliği sınavında başarılı olan davacı hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda; davacının Sapanca Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/137 esas sayılı dosyasında "suç uydurma suçundan" 25 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve neticeten hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 5 yıl süre ile denetime tabi tutulmasına" karar verildiği, bu kararın 30.10.2009 tarihinde kesinleştiği, Sakarya Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı'nın 27.11.2013 tarih ve 1075 sayılı kararı ile davacının infaz ve koruma memuru olarak yerleştirilmesinin uygun olmayacağı görüşünün davalı Adalet Bakanlığı'na gönderildiği, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 13.12.2013 tarihli ve 11713 sayılı işlemi ile davacının infaz ve koruma memuru öğrenciliğine geçici kabulüne ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasına dayanak olarak anılan Sapanca Asliye Ceza Mahkemesi'nin 24.02.2009 tarih ve E: 2007/137, K: 2009/67 sayılı kararının incelenmesinden; davacı hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı anlaşılmış olup öte yandan suç tarihinde davacının 20 yaşında olması ve mahkumiyetine neden olan olayın oluş şekli ve suçun niteliği göz önüne alındığında, davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu durumda; davacının infaz koruma memuru öğrenciliğine geçici kabulüne ilişkin Olur'un iptali ile infaz koruma memuru öğrenciliği ile ilişiğinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına…" karar verilmiştir· Danıştay 12. D. E. 2016/1979, K. 2018/2771, T. 20.06.2018, www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

79 "Yine E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurum Müdürlüğü'nde sözleşmeli aşçı olarak çalıştırılmak için atanan davacının, güvenlik soruşturmasının olumsuz olması nedeniyle atamasının iptaline ilişkin davada idare mahkemesinin "basit yaralamaya ilişkin ve davacının da müşteki olduğu davanın bulunduğu ancak verilmiş bir hüküm olmadığı gibi herhangi bir sınırlayıcı tedbire de yer verilmediği bu dava devam ederken adı geçen mahkemece verilen kararda, davacının basit yaralamadan suçlu bulunduğu ancak hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı, davacı hakkında ayrıca bir yükümlülük ve sınırlama da getirilmediği, davacının üzerine atılı suçu işediği anlaşılmış olmakla birlikte ortada bir mahkumiyetin varlığından söz edilemeyeceği, kaldı ki söz konusu suçun ve açıklanmayan hükmün memuriyete engel durumlardan olmadığı, adli kovuşturma içeriğine göre yaşanan karşılıklı ve çok sayıda kişinin katıldığı kavga dikkate alındığında, basit yaralamaya ilişkin davacı eyleminin çalışacağı infaz kurumunun niteliği ile bağdaşmayacağı yolundaki iddianın da yersiz olduğu, bu yargılamanın "güvenlik soruşturması olumlu çıkma şartına yönelik mevzuatta engel hallere uymadığı, bu itibarla dava konusu işlemde sebep ve konu yönlerinden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçeler le dava konusu işlemin iptal yolunda Elazığ 1. İdare Mahkemesince verilen 18.03.2014 tarihli ve E: 2013/581, K: 2014/275 sayılı kararı" nı onamıştır.

Bu kararda ise karşı oy olarak sunulan gerekçeye bakıldığında "Bakılan davada, topluma kazandırılması da amaçlanan tutuklu ve hükümlülerin bulunduğu ceza infaz kurumlarında görev yapacak olan personelin, belirli niteliklere sahip olması, bu kapsamda geçmiş yaşantısının da özenli olmasının kamu yararı ve hizmet

Kanaatimizce hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete girişte yönetmelikler vasıtasıyla ve bu denli geniş bir kapsamla özel bir şart olarak düzenlenmesi hukuka aykırıdır. Özel şart olarak düzenlenmiş hükümlere baktığımızda başta devletin birliği ve bütünlüğü için veyahut toplumun güvenliği için görev alan memurlara ilişkin düzenlemelerin yapıldığı düşünülse de tercümanlık, baş denetçilik gibi meslek grupları bakımından da bu şekilde bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Hal böyleyken hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki sonuç doğurmaması kuralına birden fazla istisnai hal getirilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının en temel özellikleri arasında hukuki bir sonuç doğurmaması yer almaktadır. Oysa bir özel şart halini aldığında artık bu karar bir hukuki sonuç doğurmakta ve kişilerin mağduriyetine sebep olmaktadır. Özellikle hakkında HAGB kararı verilen kişinin memuriyet başvurusunun salt bu nedenle reddedilmesi veyahut hakkında yapılan güvenlik soruşturması neticesinde soruşturmanın olumsuz olduğu gerekçesiyle başvurusunu kabul edilmemesi durumları en temel örneklerdir. Özellikle güvenlik soruşturmaları bakımından kişi hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahsus sicil işletim sistemine işlendiğini ve görülmediğini düşünerek hareket ederken ilgili ve yetkili merciler bu kararı görüntülemekte ve bu karara göre olumsuz bir kanaat edinmektedir. Kişi çoğu zaman bu kararın olumsuz sonuca gerekçe gösterildiği bilgisinde dahi olmamaktadır. Nitekim öğretide; bu şekilde bir yaklaşımın dolaylı yoldan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının *"sonuç doğurmasına"* neden olduğu gerekçesi ile Anayasa m. 38/5'e aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir.[80] Bu konuya "Sonuç ve Kanaatimiz" bölümünde tekrar dönülecektir.

---

gerekler açısından zorunlu ve gerekli olduğu, bu itibarla her ne kadar davacı hakkında hükmün açıklanmasının ger bırakılmasına karar verilmiş ise de, cezaya neden olan olayın, infaz ve koruma memurluğu göreviyle bağdaşmayacak nitelikte olduğu hususları dikkate alındığında, davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz olması neden ile atamasının iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptal yolunda mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşü ile kararın onanması yönündeki çoğunluk kararına katılmıyoruz", Danıştay 12. D., E: 2015/1919, K: 2015/5426 T: 20.10.2015, legalbank.net, (E.T:09.12.2021).

80 Yıldırım, s. 486.

VI. YARGI KARARLARINDAKİ DURUM

Konuya ilişkin teorik açıklamalar ve tartışmalara yer verdikten sonra uygulamada yaşanan sorunları tespit edebilmek adına yargı kararlarına yer vermek gerekir. Bu çalışmada yargı kararlarının ayrı bir bölümde ele alınmasının temel nedeni içtihatta tam olarak bir birliğin bulunmaması, zaman içerisinde görüş değişikliklerinin olması ve kararların tartışmaya açık ve yol gösterici yönlerinin detaylı bir şekilde ele alınması ihtiyacıdır. Bu kapsamda önce Danıştay kararlarına ardından Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarına yer verilecektir.

A. DANIŞTAY KARARLARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete etkisine dayanak teşkil eden önemli kararlardan biri polis memuru iken, dolandırıcılık suçundan kesinleşmiş mahkumiyeti nedeniyle görevine son verilen davacının, söz konusu mahkumiyeti hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi karşısında, artık bu aşamada memur olma şartını yitirdiğinden söz edilemeyeceğini ifade eden 2008 tarihli Danıştay kararıdır.[81] Bu karar çalışma konumuza

[81] "Uyuşmazlık bu açıdan değerlendirildiğinde; davacı hakkında mahkûmiyet kararını veren Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yapılan inceleme ve değerlendirmede; davacının durumunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi kapsamında olduğu ve bu maddede aranılan koşulların gerçekleşmiş olduğu sonucuna ulaşılarak sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmesi karşısında, hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağının da anılan maddede açıkça belirtilmiş olması nedeniyle davacının memuriyetine engel bir mahkûmiyet hükmünün bulunduğundan söz etme olanağı kalmamıştır. Devlet memurlarının 657 sayılı Kanun'un 98/b maddesi uyarınca görevlerine son verilmesi işleminin sebep unsurunu 48. maddede sayılan ve memuriyete engel kabul edilen bir suçtan mahkûmiyet ve bu mahkumiyete ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı oluşturmaktadır. Her ne kadar dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibariyle, bahsedilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair hüküm tesis edilmemiş ve işlemin tesis edildiği aşamada bu anlamda bir hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; ceza kanunu yönünden lehe olan hükmün uygulanması kapsamında verilen yeni kararla birlikte ortaya çıkan ve yukarıda özetlenen yeni hukuki durum karşısında, dava konusu işlemin dayanağının hukuken ortadan kalktığı ve işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale geldiği sonucuna varılmıştır. Bu durumda davacının memuriyetine engel olacak nitelikte bir suçtan mahkûm olduğundan söz edilemeyeceğinden, dava konusu göreve son işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında bu aşamada ve bu nedenle hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 12. D., 2007/2534 E., 2008/4502 K., 09.07.2008 T., www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

ilişkin yapılan tartışmalarda da sıklıkla referans olarak gösterilmektedir. Öte yandan bu içtihadın istikrar kazanmadığı da ifade edilmelidir. Çünkü son zamanlarda görüş değişikliğine gidildiği görülmektedir. Bu değişikliği ortaya koyabilmek adına yakın tarihli kararları iki grup halinde ele almak gerekmektedir.

Danıştay'ın bu kararına (2008 tarihinde verilen) benzer başka kararların da olduğunu görmekteyiz. Şöyle ki:[82]

Þ Polis Akademisi Başkanlığı Kayseri Polis Meslek Eğitim Merkezi öğrencisi olan davacı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle okulla ilişiğinin kesildiği davada Danıştay 8. Dairesi: *"Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.11.2017 tarih ve E. 2017/1016, K. 2017/3323 sayılı kararda; davacı hakkında, yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği, işlem tarihinde denetim süresi içerisinde olunduğu hususları tartışmasız olup cezanın kamu haklarını kullanmaktan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına ilişkin kısmı bakımından da **hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği**, **aksi düşüncenin, denetim süresi içinde sanığın cezalandırılması sonucunu doğuracağı anlaşıldığından**, aktarılan mevzuat hükümlerine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kaydı bulunan davacının kamu haklarından yoksun bırakıldığından bahisle ilişiğinin kesilerek dosyasının işlemden kaldırılmasına yönelik dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı"* için onama kararı vermiştir.[83]

Þ PTT Müdürlüğünde memur olarak görev yapan zimmet suçundan mahkûm olan davacı hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olmasının zimmet suçundan kaynaklanan mahkumiyeti ortadan kaldırmayacağı, bu nedenle davacının yeniden atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemin iptaline ilişkin dava idarenin ısrarı üzerine temyiz edilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Danıştay 12. Dairesi'nin *"5271*

82 Değinilen kararlara ek olarak bakınız: Danıştay 12. D., 2016/7885 E., 2017/4849 K., 17.10.2017 T., legalbank.net, (E.T:09.12.2021); Danıştay 12. D., 2016/11200 E., 2019/7766 K., 17.10.2019 T., Danıştay 12. D., 2017/908 E., 2017/6060 K., 28.11.2017 T., Danıştay 8. D., 2020/3851 E., 2020/5430 K., 09.12.2020 T., www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

83 Danıştay 8. D., 2018/2894 E. 2019/7331 K., 13.09.2019 T., https://kararararama.danistay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

sayılı Kanun'un 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ***sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı hususu da göz önünde bulundurularak, istemi hakkında bir karar verilmesi gerekirken, talebin açıktan atamaya ilişkin olduğu kabulünden hareketle davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı*** *"* gerekçesiyle verdiği bozma kararına katılarak ısrar eden idareye karşı davacının temyiz istemini kabul etmiştir.[84]

Þ Adana İl Müftülüğü'nde Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni olarak görev yapan davacının, hırsızlık suçundan hüküm giydiğinden 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A ve Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 5/1-b maddesinde yer alan şartları yitirdiğinden bahisle 98/b maddesi uyarınca Devlet memurluğu görevine Diyanet İşleri Başkanlığı'nca son verilmiş, davacı tarafından işlemin iptali talebi İdare Mahkemesi kararıyla hukuka uygun bulunmuş fakat bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir. Danıştay 12. Dairesi ise:

"İdare Mahkemesince verilen ... tarih ve E...., K.... sayılı kararıyla; davacı hakkında tesis edilen Diyanet İşleri ***Başkanlığı'ndaki görevinin sona erdirilmesi işleminin dayanağı olan mevzuat maddesinin açık ve net bir şekilde belirtilmediği, davalı idarece memuriyetten çıkarma işlemi değil sadece Diyanet İşleri Başkanlığı'ndaki görevinin sona erdirildiği beyan edilse de memuriyetten çıkarmaya ilişkin hükümlerin işlem belgesinde belirtildiği anlaşılmakla yargı denetimine elverişli olmayan biçimde tesis edilen dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlılık bulunmadığı****, öte yandan; her ne kadar bakılan davada, davalı idarece davacının hırsızlık suçundan hüküm giydiği ancak hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar verildiği için 657 sayılı Kanunun 48/A-5 maddesi uyarınca işlem tesis edilmediği****, bunun yerine Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 'Genel şartlar' başlıklı 5. maddesinin (b) bendinde yer alan "Atanmalarında dini öğrenim şartı esas alınan unvanlarda; itikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu şeklinde ortak bir nitelik taşımak" şartını kaybettiğinden bahisle davacının görevinin***

[84] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2021/250 E., 2021/808 K., https://kararara-rama.danistay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

sona erdirildiği belirtilmişse de davacının Adana İl Müftülüğü'nde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak görev yaptığı, görevi gereği dini bir işle iştigal etmediği, ayrıca, görevine son verilmesine konu olan suçun işlenme şekli ve niteliği dikkate alındığında, davacının fiilinin itikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılamayacağı anlaşıldığından dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka ve hakkaniyete uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile açıkta kaldığı süreye ilişkin yoksun kalınan maddi ve özlük haklarının davacıya ödenmesine karar verilmiştir" şeklindeki İdare Mahkemesi'nin gerekçesine katılarak temyiz talebini ret etmiştir.[85]

Þ Hatay Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'nde ***şef olarak görev yapan*** davacı hakkında resmi evrakta sahtecilik suçundan 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davacının lehe olan kanun hükümlerinin uygulanması için yaptığı başvuru üzerine söz konusu mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Danıştay 12. Dairesi ise aşağıda belirtilen gerekçelerle onama kararı vermiştir:

"Olayda, 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 ve 98/b maddeler uyarınca ***tesis edilecek işlemlerin tamamen ceza yargılamasının sonucuna bağlı olması ve işlem tarihinde davacı hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunması nedeniyle dava konusu hukuka uygun olarak tesis edilmiş ise de,*** *söz konusu işlemin yargısal anlamda kesinleşmiş öncesinde* ***davacının ceza yargısındaki kesinleşen mahkûmiyet hükmünün sonradan verilen ek karar ile açıklanmasının geri bırakılması karşısında****, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca söz konusu* ***mahkûmiyet hükmü davacı hakkında hukukî bir sonuç doğurmayacağından davacı lehine gerçekleşen bu gelişme dikkate alınacak ve davacının görevine son verilemeyecektir. Buna karşılık, söz konusu göreve son verme işlem tarihindeki mevzuata uygun olarak tesis edildiğinden ve idarenin gelecekteki mevzuat değişikliklerinin önceden bilmesi beklenemeyeceğinden, bu işlemin yargı mercilerince iptal ilgililere parasal ve özlük hak kayıpları bakımından herhangi bir talep hakkı vermeyecektir.*** *Nitekim bu konudaki Danıştay 12. Dairesi*

---

[85] Danıştay 12. Daire Başkanlığı, 2021/1781 E., 2021/563 K, 10.02.2021 T., https://karararama.danistay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

kararları bu yöndedir. Öte yandan, göreve son vermeyi gerektiren fillerin aynı zamanda disiplin suçu oluşturması karşısında, dairelerin ceza yargılamasının sonucunu beklemeksizin ve zamanaşımı sürelerini geçirmeksizin disiplin soruşturmasını başlatmaları ve sonucuna göre işlem tesis etmeler gerektiği , ***diğer bir deyişle "öreve son" ve "disiplin" müesseselerin birlikte işletmeleri gerektiği, aksi halde disiplin hukuku yönünden suç oluşturmasına karşılık göreve son verme şartları oluşmayan kişilerin işledikleri disiplin suçlarının cezasız kalması ve idarenin iç disiplinin bozulması durumunun ortaya çıkacağı tartışmasızdır****. Açıklanan nedenlerle davalı idarenin temyiz isteminin reddedilerek, İdare Mahkemesi kararının belirtilen ile onanması gerektiği düşünülmektedir."*[86]

Þ Niğde Polis Meslek Yüksekokulu'nda öğrenci olan davacının, üst sınırı bir yıldan fazla olan bir suçtan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinin tespit edilmesi üzerine Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği'nin 8/h maddesi uyarınca yüksekokuldan ilişiği kesilmiş, ardından davacının yaptığı başvuru reddedildiği için iptal davası açmıştır. Danıştay 8. Dairesi;

"..., Türk Ceza Kanunu'nun 86/1. maddesinde ***düzenlenen kasten yaralama suçundan dolayı 5 ay 25 gün hapis cezası ile cezalandırıldığı, 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 3 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına karar verildiği, davacı okula devam ederken yapılan güvenlik soruşturma neticesinde söz konusu durumun tespit edilmesi neticesinde davacının, okul ile ilişiğinin kesilmesi üzerine yapmış olduğu*** *başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. …****5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ve ceza üst sınırı üç yıl olarak öngörülen "kasten yaralama" suçundan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinden bahisle dava konusu işlem ile davacının okulla ilişiği kesilmiş ise de yapılan yönetmelik değişikliği ile artık bir yılın altında hapis cezasına mahkumiyet, polis meslek yüksek okulu öğrenciliğine engel teşkil etmemekte olup bu durumda bulunan kişilerin okul ile ilişiğinin kesilmesi sonucunu da doğurmamaktadır.*** *Bu durumda; yapılan yönetmelik değişikliği ile, davacı hakkında*

[86] Danıştay 12. D., 2010/1591 E., 2013/439 K., 12.2.2013 T., legalbank.net, (E.T:09.12.2021).

tesis edilen işlemin gerekçesi hukuki olarak ortadan kalkmış bulunduğundan, davacının okulla ilişiğinin kesilmesine yönelik işleme karşı yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır" şeklinde karar vermiştir.[87]

Buraya kadar HAGB'nin memuriyete etki etmemesi yönündeki Danıştay kararlarına karşın; Danıştay'ın son zamanlarda verdiği kararlara bakıldığında ağırlıklı olarak görüş değiştirdiği görülmektedir. Bu yönde bir kanaat oluşmasına neden olan kararlara ise şu örnekler verilebilir:

Þ Balıkesir Polis Meslek Eğitim Merkezi'nde 15. dönem özel harekat (POMEM) öğrencisi olarak geçici kaydı yapılan davacı hakkında yürütülen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle ilişiğinin kesilmesine ilişkin yaptığı başvurunun red edilmiş, iptal istemiyle açılan davada Danıştay 8. Dairesi İlk Derece Mahkemesi'nin *"…davacının,* ***P.H'ye karşı işlediği nitelikli kasten yaralama suçunun sabit olması sebebiyle 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kasten işlediği suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkum edildiği hususunun tartışmasız olduğu anlaşıldığından, anılan mahkumiyeti karşısında davacının POMEM ile ilişiğinin kesilmesine ilişkin dava konusu Başkanlık Olur'unda hukuka aykırılık bulunmadığı*** gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bölge İdare Mahkemesi ise *"istinaf başvurusuna konu Mahkeme kararının hukuka ve usule uygun olduğu ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konuşu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği…"* gerekçelerine katılarak temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirmediğine karar vermiştir.[88]

Þ Bir başka olayda güvenlik soruşturması neticesinde 02.02.2012 tarihinde infaz kurumuna veya tutukevine yasak madde sokma suçundan 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılan ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen davacı 5 yıl süre ile denetime tabi tutulduğunun Hatay Polis Meslek Eğitim Merkezi Müdür-

---

87 Danıştay 8.D., 2014/5694 E. 2019/6441 K., 03.07.2019 T., https://kararararama.danistay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

88 Danıştay 8. D., 2018/2055 E., 2019/7334 K., 13.09.2019 T., https://kararararama.danistay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

lüğü ile tespit edilmesi üzerine ilişi kesilmiştir. Bunun üzerine davacı Polis Meslek Eğitim merkezleri Giriş Yönetmeliği'nin 8/g-1 maddesinde yer alan *"hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi"* ibaresinin iptali ile Hatay Polis Eğitim Merkezi Müdürlüğü'nden kaydının silinmesi ve buna bağlı olarak öğrenim masraflarının istenmesinin iptaline ilişkin açtığı davada Danıştay 8. Dairesi;

*"…**ertelemenin bir çeşidi olan, '"hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi›"**; fail hakkında kurulacak ceza hükmünün belli şartlara bağlı olarak daha sonraki bir zamana bırakılması, failin denetim süresi içinde yeni bir suç işlememesi ve mağdurun mağduriyetini gidermesi koşuluyla cezanın uygulanmaması şeklinde tanımlanmış olup; yapılan yargılama sonunda verilen hüküm geçici bir süre askıda kalmaktadır. Ancak, askı süresi (denetim süresi) içinde yeni bir suç işlenmesi ya da yükümlülüklere aykırı davranılması halinde mahkeme tarafından hüküm açıklanacak ve ceza infaz edilecek, ilgilisi hakkında hukuki sonuç doğuracaktır**. Başka bir ifadeyle, bu karar beraat anlamına gelmemekte, belirtilen süre içerisinde sanık denenmektedir.** Denetim süresi sonunda beklenilen gibi davranması halinde, beraat kararının hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.*

***Sonuç olarak polislik mesleğinin özelliği gereği, mesleğe sabıkası ve kötü hali olmayan kişilerin seçilmesi kaçınılmazdır. Toplumda güvenlikten sorumlu kurumların oluşumunun sağlam bir yapı üzerine inşa edilmesi ve bu maksatla azami titizlik gösterilerek getirilmiş olan bu düzenlemenin hukuka uygun olduğunun kabulü bir zorunluluk teşkil etmektedir.** Bu **nedenle, Yönetmeliğin davaya konu edilen 8. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde sayılan suçlardan dolayı polis adayları hakkında "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi" ibaresinde**"* hukuka aykırılık görmemiştir.[89]

Þ Bir başka örnekte davacının İlköğretim okulunda Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmeni olarak görev yapmakta iken hakkında açılan ceza davasının yargılanması sonucunda davacının *"Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Etmek"* fiilini işlediği gerekçesiyle 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ise de aynı kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilmiştir. Bunun neticesinde idare davacı hakkında disiplin soruşturması yaparak 1702 sayılı

---

89 Danıştay 8. D., 2017/1575 E., 2020/3734 K, https://kararararama.danistay.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

Kanun'un 27/1. maddesi uyarınca "*meslekten çıkarma cezası*" ile cezalandırmıştır. Bunun üzerine davacı memur kadrosuna atanma isteği ile yapmış olduğu başvurunun reddine konu işlemin iptali için dava açmıştır. İdare mahkemesi davada:

"Davacının "özel hayatın gizliliğini ihlal etmek" fiilini işlediği gerekçesiyle 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, ***aynı kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verildiği, dolayısıyla davacı hakkında bu aşamada Devlet memuru olmasına engel bir mahkumiyet hükmünün varlığından da söz edilemeyeceği göz önüne alındığında, davacının eğitim hizmetleri sınıfında istihdam edilmesine olanak bulunmamakta ise de, eğitim hizmetleri sınıfı dışında kalan diğer hizmet sınıflarından durumuna uygun olan bir hizmet sınıfında yer alan memuriyet kadrosuna atanması gerektiği,*** *davacının yalnızca öğretmenlik mesleğinden çıkarıldığı, bu itibarla davacının eğitim hizmetleri sınıfı dışında kalan diğer hizmet sınıflarından birine atamasının yapılması talebinin açıktan atama kapsamında değerlendirilmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline"* karar vermiştir. Bunun üzerine davalı idare iptal kararını temyiz etmiş ve Danıştay 12. Dairesi:

*"davacının ….****hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmesi karşısında, hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağının anılan maddede açıkça belirtilmiş olması nedeniyle, davacının memuriyetine engel olacak nitelikte bir suçtan mahkûm olduğundan söz edilemeyeceğinden*** *ve 1702 sayılı Kanun'da meslekten çıkarılanların Bakanlığın diğer hizmet sınıflarında görev yapmasını engelleyici bir hüküm bulunmadığından, davacının yeniden göreve atanmasında bu yönüyle hukuki bir engelin bulunmadığı açıktır.* ***Ancak öğretmen olarak görev yapmakta iken meslekten çıkarma cezası alarak kamu kurumuyla ilişiği kesilen davacının, başvuru esnasında kamu görevlisi olmadığı ve uyuşmazlığın yeniden memur olarak atanma talebinden kaynaklandığı anlaşıldığından, bu haliyle dava konusu başvurunun açıktan atama niteliğinde kabul edilerek, bu istemin açıktan atama koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. ... Bu durumda açıktan atama yapmak konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu ve bu konuda idarenin yargı kararı ile zorlanamayacağı açık olduğundan****, ilköğretim okulunda Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmeni olarak görev yapmakta iken 1702 sayılı Kanun'un 27/1. maddesi uyarınca "meslekten çıkarma cezası" ile cezalandı-*

*rılan davacının, **disiplin cezasına konu fiili ve öğretmenlik mesleğinin önem ve özelliği dikkate alındığında, davalı idarece mamur kadrosuna atanma isteğinin açıktan atama koşullarında değerlendirilerek reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırılık, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir**"* diyerek ***bozma*** kararı vermiştir.[90]

Buraya kadar ele alınan Danıştay kararlarına genel olarak baktığımızda; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete etki etmemesi yönünde verilen kararlarda temel gerekçelerin kesinleşmiş bir hükmün bulunmaması ve CMK m. 231 gereğince HAGB neticesinde hükmün hukuki bir sonuç doğurmaması olduğu görülmektedir. Ayrıca bu yönde verilen kararlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete girişte özel şart olarak düzenlendiği hallerde meslek ile ne kadar ilgili olduğu da dikkate alınmıştır. Bir başka deyişle; memurun görevi gereği bir mevzuata tabi olması mevzuatın ilgili disiplin hükmünün görevi ile doğrudan bağlantılı olacağı anlamına gelmemektedir. Örnek olarak; İnfaz kurumunda aşçı olarak görev yapılması, müftülükte veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak görev yapılması gibi haller gösterilebilir.

---

[90] Açıktan atamaya ilişkin ise kararda şöyle bir detaylı açıklama bulunmaktadır: "Bir kamu görevine açıktan veya yeniden atama yapma konusunda idare takdir yetkisi tanınmış olduğu, idarenin bu konuda yargı kararı ile zorlanamayacağı, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği ancak bu takdir yetkisinin de mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğu takdire dayanan işlemlerin sebep ve maksat bakımından yargı denetimine bağlı bulunduğu hususu idare hukukunun bilinen bir ilkesindendir. Bir başka ifadeyle bu takdir yetkisi açıktan atamaya ilişkin bir işlemde kullanılmış ise bunun kadro, ihtiyaç, hizmet gerekleri ve atama isteminde bulunan kişinin kişisel konumu gibi durumlar dikkate alınarak kullanılıp kullanılmadığının yargı merciinde incelenmesi, idari eylem ve işlem niteliğinde karar vermeyi değil, idari işlemin sebep ve maksat yönünden yargı denetimi işlevini sağlamak olarak kabulü gerekir", Danıştay 12. D, E. 2015/625, K. 2018/3804, https://cdn.bartin.edu.tr/personel/275efef5ac05bdcf582c23f01d0ee479/hagbaciktanatamadanistay.pdf, (E.T:09.12.2021).
Aynı yöndeki karar için bakınız: Danıştay 12. D. E: 2015/3533, K: 2015/5521, 09.09.2015; bu kararda şöyle bir karşı yönde oy gerekçesi söz konusudur: "basit zimmet suçundan yapılan yargılama sonucunda hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi karşısında davacının memuriyetine engel olacak nitelikte bir suçtan mahkum olduğundan söz edilemeyeceğinden, davacının göreve dönme talebinin reddine ilişkin olarak tesis edilen dava konusu işlem hukuka ve mevzuata uygun olmadığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle aksi yönde verilen çoğunluk kararına katılmıyoruz.", legalbank.net, (E.T:09.12.2021).

Danıştay'ın aksi yöndeki kararlarına baktığımızda ise; hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde artık suçun sabit olduğu, kişinin bir nevi mahkumiyetinin söz konusu olduğu, bu nedenle artık bir beraat halinin söz konusu olmadığı ifade edilerek bu kararın memuriyete etki edeceği yönünde bir yaklaşım söz konusudur. Bazı kararlarda ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını erteleme kurumuna benzetildiğini de görmekteyiz. İfade etmek gerekir ki erteleme kurumu ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması birbirinden farklı olup erteleme kurumunda verilen bir hüküm ve bu hüküm neticesinde gerçekleşen bir infaz söz konusudur. Yine aksi yöndeki kararlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının özel şart olarak düzenlendiği ve güvenlik soruşturmasına konu edildiği durumlarda Danıştay mesleğin gereklerini ve özelliklerini gerekçe göstererek zaman zaman somut olayda HAGB'ye konu suç tipini ayrıca değerlendirerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını memuriyete engel bir hal olarak yorumlamıştır.

Her iki yönde verilen kararlara bütüncül bir şekilde baktığımızda ise; Danıştay'ın zaman içerisinde görüş değiştirdiğini fakat halen tam olarak kararları arasında bir birlik olduğunu söylemenin güç olduğunu ifade etmek gerekir. Bu durum uygulamada bir belirsizlik ve güvensizlik haline sebebiyet vermekte ve hukuki belirlilik ilkesini zedelemektedir.

B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımını anlamak adına bireysel başvuru örneklerine bakacak olursak:

*"**Hüseyin Şahin**"* başvurusunda;[91] uzman erbaş sözleşmesinin feshedilmesine yönelik açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvuruda; Ulş. Oto Tk. Komutanlığı emrinde ***araç sevk uzmanı olarak*** görev yapmakta iken işlediği *"zincirleme bir şekilde şahsi çıkar sağlamak amacıyla memuriyet nüfuzunu sair surette kötüye kullanmak ve şahsi çıkar sağlamak amacıyla memuriyet nüfuzunu sair su-*

91 Hüseyin Şahin Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2013/1728), Karar Tarihi: 12/11/2014., https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

rette kötüye kullanmak" suçları nedeniyle 11 ay 7 gün hapis cezasıyla cezalandırılmış ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş, bu karar 27.10.2011 tarihinde kesinleşmiştir. Bu karara istinaden Kara Kuvvetleri Komutanlığı Tayin Daire Başkanı tarafından Lojistik Komutanlığına gönderilen yazıda:

"4. Personel hakkında müsnet suçlardan dolayı HAGB kararları verilmişse de bu kararlarla personelin isnat edilen suçları işlemediği değil tam tersine işlediğinin sabit görüldüğü mahkeme tarafından tespit edilmekte olduğundan söz konusu personelin içinde bulunduğu durum ortadan kalkmamaktadır. İşlenen fiillerin TSK'nın disiplinini esastan sarsacak ve itibarını zedeleyecek nitelikte olması nedeniyle personelin ahlaki durumunun TSK'da görev yapmayı engelleyecek düzeyde vahamet derecesine ulaştığı değerlendirilmiş olup adı geçen personelin kendisinden istifade edilmesine imkân bulunmamaktadır.

*5. İşlenen fiillerin niteliği ve niceliği itibariyle askerlik mesleği değerlerini sarsması ve personelin kendisinden istifade edilmeyeceğinin anlaşılması nedeniyle ilgi (b) Kanun'un 12'nci maddesi ve ilgi (c) Yönetmelik'in 13'*üncü maddesi gereğince adı geçen uzman çavuşun sözleşmesinin emrin alınmasını müteakip disiplinsizlik nedeniyle *fesh edilmesini arz ederim* denerek ***askerlik mesleğinin değerlerini sarstığı ve kendisinden istifade edilemeyeceği gerekçesiyle*** başvurucunun sözleşmesi feshedilmiştir.

Başvurucu tarafından fesih işleminin iptali istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinde dava açmış, Daire 19.9.2012 tarih ve E. 2011/1846, K. 2012/881 sayılı kararı ile davayı reddetmiştir. Karar gerekçesi ise şöyledir:

"Davacı hakkındaki mahkumiyet kararı ile ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının ***davacının mahkemece sabit bulunan eylemlerini değiştirmeyeceği ve bu eylemleri gerçekleştirmemiş sonucunu doğurmayacağı, buna bağlı olarak davacının ceza yargılamasına konu ve sabit bulunan eylemleri ile özlük dosyasındaki diğer belgelere nazaran aşırı borçlanmayı alışkanlık haline getirmiş olduğu, belirtilen eylemlerin TSK'nın disiplinini esastan sarsacak itibarını zedeleyecek nicelik ve nitelikte olduğu, bu itibarla askerlik mesleğinin değerlerini sergilemede istenen düzeye ulaşamadığı ve kendisinden istifade edilemeyeceği anlaşıldığından TSK'da istihdamına***

***imkan kalmadığı**, davacı hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu eylemler 2006 yılında gerçekleşmiş ve davacı bu tarihten itibaren görevine devam etmiş ise de bahse konu hükmün 27.10.2011 tarihinde kesinleşmiş olduğu ve davalı idarece de hükmün kesinleşmesini müteakip 17.11.20011 tarihinde dava konusu işlemin tesis edilmiş olduğu göz önüne alınarak **takdir yetkisinin hizmet gerekleri ve kamu yararı gözetilerek objektif bir şekilde kullanılmış** olduğu..."*

Anayasa Mahkemesi ise olayda masumiyet karinesinin diğer bireysel başvuru kararlarında nasıl ele alındığına ilişkin tespitler yaparak somut olay bakımından *şu* değerlendirmelerde bulunmuştur: [92]

*"… AYİM kararında yer alan **"buna bağlı olarak davacının ceza yargılamasına konu ve sabit bulunan eylemleri ile özlük dosyasındaki diğer belgelere nazaran aşırı borçlanmayı alışkanlık haline getirmiş olduğu, belirtilen eylemlerin TSK'nin disiplinini esastan sarsacak itibarını zedeleyecek nicelik ve nitelikte olduğu, bu itibarla askerlik***

92 "…Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat "kasten yeni bir suç" işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder. Bu çerçevede, Ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir. (B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 28, 29). Öte yandan, ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi disiplinler olduğunun hatırlanmasında yarar vardır. Buna göre kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 30). Ancak bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde delil yetersizliğine dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönünde değerlendirmelerden kaçınılması gerekir", https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

mesleğinin değerlerini sergilemede istenen düzeye ulaşamadığı ve kendisinden istifade edilemeyeceği anlaşıldığından *" ifadesi* ***Mahkemenin ceza davasının sonucuna değil, sadece yargılanmasına neden olan suçun vasıf ve mahiyeti ile davacının disiplin durumuna atıf yaptığını göstermektedir.*** *Bu durumda, AYİM kararına bakıldığında, başvurucu hakkında üzerine atılı suçlar nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği ve bu nedenle de başvurucunun anılan suçları işlediğinin tespit edildiğinin belirtildiği,* ***diğer yandan yalnızca bu karar yeterli görülmeyerek özlük dosyasında yer alan diğer belgeler de birlikte değerlendirilmek suretiyle başvurucunun aşırı borçlanmayı alışkanlık haline getirmesi nedeniyle sözleşmenin feshi işleminin hukuka uygun olduğu yönünde hüküm kurulduğu görülmekle, bireysel başvuruya konu edilen AYİM kararında masumiyet karinesinin ihlal edilmediği ve kişi yararı ile kamu yararı arasındaki dengenin gözetildiği anlaşılmaktadır.***"

Sunulan gerekçeye karşın bireysel başvuruya ilişkin kararda oybirliği sağlanamamış karşı görüş gerekçelerinde ise; hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde suçun sabit olmadığı ve varsayımsa dayalı bir şekilde böyle bir sonuca varılamayacağı, idarenin bir fiilin sırf ceza yargılamasına konu edilmesini gerekçe göstererek suçu sabit kabul edemeyeceği, nitekim Anayasamızın 38. maddesinde bir suça sabit denebilmesi için bir "*hüküm*" yani mahkumiyet kararının gerekli olduğu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde kanun yollarından geçmiş ve kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığı, somut olayda idarenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu fiiller bakımından bir araştırma veyahut inceleme yapmaksızın salt HAGB kararına dayanması, karar dışında dayanılan belgelerin de beş yıl öncesine ait olması ve bu belgelerde yer alan bilgilere rağmen davacının beş yıllık süre boyunca iş akdinin feshedilmemesi, nitekim idarenin görüş belirttiği yazıda da kullanılan dilin de bu yönde olduğu; tüm bu gerekçelere rağmen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının somut olayda hukuki sonuç doğurmasının açık bir şekilde masumiyet karinesini ihlal ettiği ifade edilmiştir.[93]

93 Bakınız: Serruh Kaleli, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Zühtü Arslan ve Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oy Yazıları.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanan ceza yargılaması esas alınarak devlet memurluğundan çıkarılma kararı verilmesi ve kullanılan dil nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin yapılan ***"Emrah Şahin" bireysel başvurusunda ise;***[94]

Başvurucu hakkında zimmet suçuna hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine idare yaptığı disiplin soruşturmasında *"başvurucunun, tahsilatın günlük olarak yatırılması talimatını daha önce tebellüğ etmesine karşın 22.10.2014 ile 28.11.2014 tarihleri arasında topladığı belediye gelirlerini günlük olarak banka hesaplarına yatırmadığı, paranın uzun süre kendisinde kaldığı, her ne kadar kamu zararı oluşmasa da eylemin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket kapsamında kaldığı.."* gerekçesi ile DMK m. 125/E-g gereğince memuriyetten çıkarılmasına karar vermiştir. Davacının açtığı iptal davasında ise idare ***"davacının disiplin soruşturması ve ceza yargılamasında verdiği ifade ve savunmalarda da ikrar edildiği, dolayısıyla davacı üzerine atılı fiilin sübuta erdiği anlaşıldığından,*** *söz konusu fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerden olduğu kanaatine"* ulaşarak bu talebi reddetmiş Danıştay 12. Dairesi'nce de karar onanmıştır.

Anayasa Mahkemesi ise olaya ilişkin yaptığı değerlendirmede; başvurucu hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle masumiyet karinesinin devam ettiği bu nedenle de başvurucuya *zimmet suçunu* gerçekleştirdiği, işlediği yönünde bir ithamda/beyanda/imada bulunulmamasını gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte bu durumun disiplin soruşturması yapılmasına engel olmayacağı somut olayda idarenin salt HAGB kararına dayanmadığı fakat kullandığı dilin ele alınması gerektiğine karar verilmiştir. İdarenin başvurucu için *"zimmetine geçirdiği"* ifadesini kullanması ve cümlenin devamında fiilin sübut bulduğunu ifade ederek bu fiili *"memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket"* olarak nitelemesi her ne kadar özensiz bir dil kullanımı olarak kabul edilse de sonuca ulaşırken başvurucunun eyleme ilişkin ikrarından, disiplin soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgelerden hareket etmiş ve bunu

---

[94] Emrah Şahin Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2018/37580), Karar Tarihi: 20.10.2020, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, (E.T: 09.12.2021).

yaparken başvurucunun masumiyetine gölge düşürecek şekilde ceza yargılamasını esas almamış ve/veya ceza yargılaması sürecini sorgulamamıştır. Ayrıca eylemin 657 sayılı Kanun'un 125. maddesi hükmüyle örtüşüp örtüşmediğini denetleyen mahkemenin, sübut bulduğunu ifade ettiği eylemin asıl olarak 657 sayılı Kanun'da düzenlenen yüz kızartıcı ve utanç verici hareket eylemi olduğu da açık olduğu için bir ihlal olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.

Bu karar bakımından bizim de katıldığımız karşı oy görüşü gereği;[95] burada masumiyet karinesinin ihlaline sebep olan temel hususun İdare Mahkemesi'nin karar gerekçesinde yer verdiği ve başvurucu ile ilgili kullandığı özensiz dil ve üslup olduğu, *"üzerine atılı zimmet suçunu işlediği sübut bulduğundan"*, *"mahkumiyet kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle hukuki sonuç doğurmaması ve infaza ilişkin hükümlerin beş yıl süre ile askıda bırakılması disiplin hukuku açısından zimmet fiilinin sanık tarafından gerçekleştirilmemiş sayılması şeklinde değerlendirilemeyeceğinden"*, *"dolayısıyla davacı üzerine atılı fiilin sübuta erdiği anlaşıldığından"* şeklindeki ifadelerin masumiyet karinesinin ihlaline sebebiyet verebilecek nitelikte bir dil kullanımı olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi birçok bireysel başvuru kararında idarenin kullandığı dile büyük bir önem atfederek masumiyet karinesinin ihlal edildiği yönünde kararlar verirken bu bireysel başvuruda yukarıda ifade edilen şekilde bir gerekçeyle masumiyet karinesinin ihlal edilmediğini ifade etmesi kendi içerisinde çelişik bir durum yaratmaktadır. Kaldı ki mahkeme kendi gerekçesinde dahi idarenin özensiz bir dil kullandığını açıkça kabul etmesine rağmen bu duruma gerekçe üretmiştir. Hal böyle iken verilen karar mahkemenin verdiği birçok bireysel başvuru kararı ile çelişik ve hukuka aykırı niteliktedir.

Bir diğer yakın tarihli bireysel başvuru örneği ***"Abdülaziz Gökalp"*** başvurusudur.[96] Siirt İl Kültür Müdürlüğünde bekçi olarak görev yapan başvurucu hakkında görev esnasında "*Cinsel Taciz*" suçuna ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir. Başvurucu hakkında yapılan disiplin soruşturması neticesinde başvurucuya isnat

---

95 Anayasa Mahkemesi üyesi Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oy yazısı.

96 Abdülaziz Gökalp Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2018/23214), Karar Tarihi: 25.2.2021, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

edilen eylemin mahkeme kararıyla sabit olduğu gerekçesi ile memuriyetten çıkarılmasına karar verilmiştir. Bu karar "*davacıya isnat edilen fiilin, ceza mahkemesi kararıyla sübuta erdiği, bu fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket niteliğinde bulunduğu sonucuna varıldığı*" gerekçesi ile kesinleşmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; Mahkemece, uyuşmazlık konusu disiplin cezasına esas olan olaylara ilişkin yeni bir değerlendirme yapılmadan başvurucuya isnat edilen fiilin ceza mahkemesi kararıyla sübuta erdiği ifade edilerek disiplin cezasının hukuka uygun bulunması, salt HAGB kararına dayanılması, ceza yargılamasından bağımsız bir şekilde idarenin kendi kanaatini ortaya koyacak herhangi bir delili irdelememesi, olay ve olgular hakkında yeni bir değerlendirme yapmaması masumiyet karinesini ihlal etmiştir. İfade etmek gerekir ki bu karar oy çokluğu ile alınmıştır.[97]

---

97 Anayasa Mahkemesi üyesi Muammer Topal'ın karşı oy görüşü: Mahkeme kararında geçen "...davacıya isnat edilen fiilin, ceza mahkemesi kararıyla sübuta erdiği, bu fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket niteliğinde bulunduğu... " ifadesi, gerekçenin tek başına ceza mahkemesi kararına dayanmamış olması, Mahkemenin soruşturma raporundaki tespitler, tanık ifadeleri, diğer bilgi ve belgelere göre başvurucunun üzerine atılı bulunan disiplin suçunu işlediği sonucuna vardığı göz önünde bulundurulduğunda bir bütün olarak gerekçenin masumiyet karinesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır."
Yine aynı üyenin karşı oy görüşü sunduğu "*Ekrem Aysu*" başvurusunda Muammer Topal'ın karşı oy görüşünde: "Öncelikle Mahkemenin verdiği HAGB kararına herhangi bir beraat kararının sonucu bağlanmak istenmektedir ki bu son derece yanlıştır. HAGB kararıyla beraat kararının gerekçesi ve sonucu aynı olamaz. Ceza mahkemesi kararında açıkça "… sahte olarak bastırmış olduğu pazar etiketlerinin bir kısmı karşılığında almış olduğu paralarla, gerçek pazar etiketleri sonucunda almış olduğu bir kısım paraları ilgili yerlere yatırmayıp mal edinme suretiyle teselsülen basit zimmet suçunu, özel belge niteliğinde bulunan çok sayıda pazar etiketi bastırmak suretiyle teselsülen özel belgede sahtecilik suçunu ve düğün kirası olarak yatırılmak üzere kendisine verilen birden fazla kira bedellerini mal edinmek suretiyle güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği sabit olmuştur" denilmek suretiyle başvurucunun suçlu bulunduğu; ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca HAGB kararı verildiği anlaşılmakla başvurucunun suçluluğunun hükmen sabit olduğu, dolayısıyla masumiyet karinesinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu karara başvurucunun itiraz etmemesi de kendisini masum olarak kabul etmediğinin göstergesidir. Anılan maddenin beşinci fıkrasının son cümlesinde, hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade edeceği belirtilerek suçlu bulunan, hakkında cezaya hükmedilen şahsın ceza hükmünden etkilenmeyeceği açıklanmıştır" demesi eleştiriye açık bir husustur. Ekrem Aysu Başvurusu (Başvuru Numarası: 2018/13227), Karar Tarihi: 15.12.2020, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, (E.T: 09.12.2021).

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru kararlarına bütüncül bir şekilde baktığımızda mahkemenin bu konuya yaklaşımını şu şekilde özetlemek mümkündür: Öncelikle mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı boyunca yani denetimli serbestlik süresince masumiyet karinesinin devam ettiğini, kişi hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığı için bir mahkumiyet halinin de söz konusu olmadığını, bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete etki etmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının disiplin soruşturması yapılmasına engel teşkil etmeyeceğini, soruşturma süresince sadece bu karara atıf yapılmadan disiplin soruşturmasına konu fiillerin ayrıca değerlendirilmesi ve bu değerlendirme neticesinde bir disiplin cezası olarak memuriyetten çıkarmanın gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca mahkeme disiplin soruşturması süresince masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediğini belirlerken soruşturmada kullanılan dilin suçlayıcı ifadeler içerip içermemesi ya da doğrudan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yer alan ifadelerin aynen aktarılması şeklinde bir yaklaşım sergileyip sergilenmediği noktasında bir değerlendirme yapmaktadır. Bir başka deyişle mahkeme öncelikle disiplin soruşturmasının temel dayanağının ne olduğunu ve soruşturma neticesinde verilen cezaya nasıl ulaşıldığını değerlendirmekte, ardından soruşturmada kullanılan dil bakımından ayrı bir değerlendirme yapmaktadır. Bireysel başvuru kararlarının bütününe baktığımızda Danıştay'a nazaran Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararlarda kendi içerisinde tutarlı bir yol izlediğini söylemek de doğru olacaktır.

VII. SONUÇ VE KANAATİMİZ

Öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm niteliğinde olmayıp kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü de değildir. Bir başka deyişle kişi hakkında infazı kabil bir mahkûmiyet ka-

---

Aynı yöndeki bireysel başvuru örnekleri için bakınız: Mehmet Akif Korkmaz Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2015/16027), Karar Tarihi: 13/9/2018. İhlal olmadığında ilişkin bir başka başvuru örneği ise: Mehmet Temizel başvurusudur. Bakınız: Mehmet Temizel Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2014/3044), Karar Tarihi: 15.6.2016; K.Ş. Başvurusu, B. No: 2016/3267, 28.01.2020; Emre Canik Başvurusu, B. No: 2015/19678, 19.04.2018; Mahmut Acerce Başvurusu, B. No: 2015/19048, 24.05.2018, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, (E.T:09.12.2021).

rarı bulunmamakta ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Kararın bu özelliği nedeniyle zaten bir olağan kanun yolu öngörülmemiş, bu karara karşı kanunda yalnızca itiraz yolu açık bırakılmıştır. Bu durum bize şunu ifade etmektedir: Eğer bir hüküm söz konusu olsaydı olağan kanun yollarından geçerek kesinleşmesi gerekli olup bunun kanunen mümkün olması gerekirdi. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu konuda yerleşik içtihadı da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bir hukuki sonuç doğurmaması ve hukuk hakimini bağlamaması gerektiği yönündedir.[98]

İfade edildiği üzere bu karar türünün kanunda düzenlenmesinin en temel sebebi ceza hukukunun ıslah amacını da gözeterek ilk defa suç işlemiş kişilere ikinci bir şans tanımaktır. Hal böyleyken bu kararın memuriyete girişte veyahut memuriyetten çıkarılma bakımından doğrudan bir etkisinin olduğunu kabul etmenin kararın yapısına ve kanuna açık bir şekilde aykırı olduğu görüşündeyiz. Kaldı ki memuriyetten çıkarılma en ağır disiplin yaptırımı olup kişi memuriyete ilişkin bütün haklarını kaybetmektedir. Böyle ağır sonuçları olan bir yaptırımda bu denli genişletici bir yorum yapmak hukuka ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

---

[98] "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkûmiyet anlamında değildir. Bu sebeple ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından hukuk hakimini bağlamayacaktır. Aksi düşünüldüğü takdirde beş yıllık deneme süresi içinde bir suç işlendiğinde mahkemece hüküm açıklanacak ve temyiz hakkı doğacak; şayet yapılan temyiz incelemesinde ceza mahkemesi kararı bozulursa hukuk mahkemesinin kararının da dayanağı ortadan kalkacak ve yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir. Diğer taraftan, beş yıllık denetim süresi bittikten sonra menfi tespit davası açıldığında ortada ceza mahkemesi kararı bulunmadığından BK'nın 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlayıcı bir karardan da söz edilemeyecektir. Aksine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hakimini bağlayacağı kabul edildiğinde hukuk hakimince verilecek karar davanın beş yıllık deneme süresi içinde ve sözü edilen süre bittikten sonra açılması veya kararın sözü edilen süre bittikten sonra verilmesi hallerinde farklı farklı hukuki sonuçlara ulaşılacaktır. Daha da ötesi, bir olayda birden fazla sorumlu olup da bunlardan biri hakkında beş yıllık süre içinde, diğeri hakkında beş yıllık süre geçtikten sonra hukuk mahkemesinde dava açılması halinde her iki davalı hakkında da aynı olay sebebiyle farklı kararlar verilebilecektir ki, bu durum adalete olan güveni sarsacaktır. Sonuç olarak maddi olgunun belirlenmesi yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir ceza hükmü olmadığından, hukuk hakimini bağlamayacağının kabulü gerekir", YHGK, 1.2.2012, 2011/19-639, 2012/30, www.kazanci.com, (E.T:09.12.2021).

Bir diğer önemli olan husus hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanığın işlediği fiilin hukuken suç nitelendirilmesi sabit olup hakkında bir hüküm tesis edilmektedir. Fakat bu hüküm ifade ettiğimiz gerekçelerle açıklanmamakta ve açıklanması ertelenmektedir. Hal böyle iken burada sanığın fiilinin suç oluşturmadığını söylemek mümkün değildir. Aksi durumda suçun sabit olmadığı kabul edilirse; sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı değil CMK m. 223/2-b gereğince beraat kararının verilmesi gerekir. Kaldı ki beraat kararının sonuçları hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından da farklıdır.

Bu açıklama ve ayrım memur hakkında disiplin soruşturması yapılırken önem arz etmektedir. Çünkü sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması disiplin soruşturması yapılmasına engel değildir. Nitekim ele aldığımız Danıştay kararlarında ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda görülmektedir ki hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde suçun sabit olup olmadığı konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Bazen sanığın suçunun sabit olmadığı ifade edilerek masumiyet karinesin işletilmesi gerektiği bazen de suçun sabit olduğu ifade edilerek adeta bir mahkûmiyet hükmü varmış gibi yorum yapıldığı görülmektedir. Oysa burada masumiyet karinesine dayanak teşkil edecek olan husus suçun sabit olmaması değil hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır. Çünkü burada kural olarak sanığın fiili hukuka aykırı kabul edilmiş ve suçun unsurları ele alınarak sabit olduğuna kanaat getirilmiştir. Öyle ki sanık beş yıllık denetimli serbestlik süresinde kendisinden beklenen koşullara uymadığında hakkında tesis edilen hüküm açıklanacaktır. Bu da bize göstermektedir ki aslında suç sabit olup sanık hakkında bir hüküm tesis edilmiştir. Ama bu hükmün sonuçları bir nevi durdurularak açıklanması bir süreliğine ertelenmiştir. Fakat bununla birlikte kişinin denetimli serbestlik süresince kanunda beklenen koşulları yerine getirmesi halinde artık bu hüküm hiç karar verilmemiş gibi ortadan kalkacaktır. Bu nedenle kişinin masumiyetinin tespitine dair bir analiz içermemekte ve kararın bu özelliği onu hapis cezasının ertelenmesi kurumundan bariz bir şekilde ayırmaktadır. Çünkü erteleme kurumunda TCK m. 51/8 gereğince ceza infaz edilmiş sayılmaktadır.

Bu gerekçelerle disiplin soruşturması hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına doğrudan ve sadece dayandırılmamalıdır. Bu

karara konu fiilin disiplin yaptırımına uygun bir fiil olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü ceza yargılamasında verilen karar ya da hüküm disiplin soruşturması bakımından bağlayıcı nitelikte değildir. Uygulamada sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle kişi memuriyetten çıkarılamayacağı için ceza muhakemesindeki hükümler dolanılarak Devlet Memurları Kanunu'ndaki disiplin hükümlerine başvurulmakta ve doğrudan kişinin devlet memuriyetinden çıkarılmasına karar verilmektedir. Yine HAGB'nin özel şart olarak düzenlendiği hallerde hiçbir araştırma yapmaksızın doğrudan HAGB kararı gerekçe gösterilerek başvuru zaman zaman reddedilmektedir. Bu durumlarda önemle ifade etmek gerekir ki kişi hakkında HAGB kararı nedeniyle atama yapılmadığının açık bir şekilde kendisine bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde kişi hakkında verilen HAGB kararının hukuki bir sonuç doğurmadığını ve mahsus sicil sistemine kaydedildiğini düşüneceği için böyle bir sonuçla karşılaşması hukuki güvenilirlik ve belirliliği zedeleyecektir.

Uygulamada ve öğretide yaşanan karmaşanın giderilebilmesi için öncelikle İdare Hukuku anlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete etkisinin açık ve tutarlı bir şekilde ilgili mevzuatta düzenlenmesi gerekir. Elbette belirli meslek grupları bakımından örneğin; devlet güvenliğini ve bütünlüğünü koruyan, toplumda güvenliğini sağlayan başta kolluk kuvvetleri, infaz koruma memurları ve silahlı kuvvetler mensupları olmak üzere diğer meslek gruplarının güvenlik soruşturmalarının olumlu olması ve haklarında herhangi bir mahkûmiyet hükmünün bulunmaması şartları mesleğin doğası ve gereklerine uygun olacaktır. Fakat burada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının herhangi bir sınırlama olmaksızın bütün suçlar bakımından ve herhangi bir zaman sınırına tabi olmaksızın kişinin ömür boyunca işlediği bütün suçlar bakımından bir etken olarak kabul etmek ölçüsüz ve hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir bakış açısı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki sonuç doğurmama özelliğini ortadan kaldıracak ve bu karar türünü işlevsiz hale getirecektir.[99] Yine bu tarz istisnai özel şart düzenlemelerinin herhangi bir sınırlama yapılmaksızın ilişkisi olmayan meslek grupları

[99] Emir Kaya, "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 422.

bakımından getirilmesi de hukuki belirlilik ve kanunilik ilkesi bakımından tartışmaları beraberinde getirecektir.

Burada sunulabilecek çözüm önerilerinden ilki; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade ettiğimiz üzere ***belirli ve sınırlı meslek grupları bakımından katalog suç düzenlemesi getirilerek*** ele alınmasıdır. Fakat bu ***düzenleme ilgili meslek gruplarının hepsini kapsayacak, yeknesak*** bir şekilde düzenlenmelidir. Yani birden fazla yönetmelikte farklı katalog suçlara ilişkin, farklı süre sınırları getirilerek mevzuatta bir karmaşa yaratılmamalıdır. En önemlisi bu düzenlemeler yönetmelikler vasıtasıyla yapılmamalıdır. Nitekim özel şartlara ilişkin bölümde verdiğimiz örneklerde görülmektedir ki bu tarz düzenlemeler ağırlıklı olarak yönetmeliklerde yapılmaktadır. Bu durum normlar hiyerarşisine açık bir şekilde aykırı olup yönetmelik kanuna aykırı olamaz. Olması gerekene örnek olarak; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanamayacağına ilişkin CMK m. 231/14'te yer alan istisnai düzenleme gösterilebilir. Bu şekilde net bir sınırlama getirmek daha ölçülü ve hukuka uygun olacaktır.

Yine DMK m. 48/A-5'te *"**Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile** devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (…)(1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak"* düzenlemesi de bu konuda yol gösterici olacaktır. Bu hükümde belirli suç tipleri açık bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat burada yaşanan temel sorun HAGB kararının bu suçlarla ilişkisi ve memuriyete etkisinin açık bir şekilde belirtilmemesidir. Bu şekilde kanunda açık bir düzenleme yapılmaması halinde örneğin; Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği m.8/1'de kasıtlı bir suçtan bir yıl veya daha fazla süreyle hakkında hapis cezasına hükmedilen kişinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde dahi mesleğe kabul edilmemesi normlar hiyerarşisine aykırı olacaktır.

Bu şekilde bir özel düzenlemenin getirilmesinin temel amacı ifade ettiğimiz üzere bu mesleğin doğası ve gereklerinden kaynaklanmak-

tadır. Fakat bu düzenleme hedeflenen amaca tam olarak hizmet etmemektedir. Çünkü devletin bütünlüğü ve güvenliğine karşı başta Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suç tiplerine baktığımızda hedeflenen ceza miktarı aralığında olmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle suçun alt ve üst sınırları hedeflenen makasta değildir. Daha iyi anlaşılması adına bu hüküm dikkate alındığında kişinin kasten işleyerek bir yıl veya daha fazla hapis cezası alabileceği suç örneklerine bakacak olursak: *Mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, karşılıksız yararlanma, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması, işaret ve engel koymama, trafik güvenliğini tehlikeye sokma, çevrenin kasten kirletilmesi, gürültüye neden olma, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, kasten yaralama , kişilerin huzur ve sükununu bozma, hakaret, konut dokunulmazlığının ihlali* gibi gündelik hayatta sıklık karşılaşılan suç tipleri bu kapsam dahilindedir. Bu suç tiplerine ve korunan hukuki değerlere bakıldığında hedeflenen amaca yönelik suç tipleri olmadığı görülmektedir. Hal böyle iken alt sınırın bu kadar düşük tutulduğu düzenlemelerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir etkisi bulunmayacak olup birçok suç tipi memuriyete girişte engel teşkil edecektir.

Bununla birlikte bu şekilde düzenlemelere ***(katalog suçlar dışında alt sınır belirlenen kasten işlenen suçlar bakımından)*** eğer belirli ve sınırlı meslek grupları bakımından yer verilecek ise en azından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin bir zamanaşımı süresi getirilmelidir. Yani kişinin örneğin 18 yaşında işlediği bir gürültüye neden olma fiilinden kaynaklı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ilerleyen yıllarda yapacağı bir memuriyete giriş başvurusunda gerekçe gösterilerek bir ret sebebi olarak kabul edilmemelidir. Kaldı ki Devlet Memurları Kanunu'nda memuriyete girişe engel sayılan suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması olasılık olarak (istisnai olarak birkaç suç düzenlenmesi ve indirim nedenleri dışında) pek mümkün değildir. Burada sayılan suç tiplerinin alt ve üst sınırlarına baktığımızda hükmün açıklanmasının geri bırakılması için belirtilen iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası koşulunun sağlanmasının güç olduğu görülmektedir. Sonuç olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memuriyete etkisi bakımından gerek öğretide gerek uygulamada tartışmalar devam etmekte olup bu tartışmaların sonlandırılması adına ilgili hukuki düzenlemelerin yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Aslan Zehreddin/Altındağ Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Bıçak Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayım, İstanbul 2018.

Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Epözdemir Rezan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Evren Çınar Can/Uçar İsmail, Kamu Görevlileri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Gökcen Ahmet/Balcı Murat/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Günay Erhan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Hakeri Hakan/Ünver Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Kalabalık Halil, Kısa İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.

Kaşlı Enver, Polis Disiplin Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Kezer Ahmet, 80 Soru ve Yanıtta Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kumbasar Enver, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. (Genel Hükümler)

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Sırma Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Özaydın Özdem/Akcan Esra Alan/Tütüncü Erden Efser/Villemin Altınok Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamaları Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Pınar İbrahim/Çalışkan Öner, Memurluğun ve Kamu Görevinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Sancakdar Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

Sancakdar Oğuz, Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 3765 Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 25802019, Eskişehir 2019.

Sancakdar Oğuz/Çalışkan Elif Altınok/Dursun Özdemir Gizem/Yağcı Pınar/Seyhan Serkan/Karaca Egemen, Disiplin Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2022.

Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Doğan Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Şen Ersan/Maviş Mert, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Yalçın Can, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Yıldırım Akif, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Yıldırım Ramazan/Çınarlı Serkan, Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt: I Astana Yayınları, Ankara 2018.

Makaleler

Çınarlı Serkan/Hızal Arslan Sevinç, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 12, S. 134, Ekim 2017.

Çolak Nusret İlker/Özdemir Dursun, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi", *TAAD*, Cilt: 1, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2011.

Denizhan Hüseyin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", *TBB Dergisi*, S. 65, 2006.

Güngör Devrim/Okuyucu-Ergün Güneş, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *AÜHFD*, 65 (4), 2016.

Kale Harun, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 60, Ağustos 2011.

Karaaslan Mehmet, "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *AÜHFD*, Yıl: 2009, Cilt: 58, S. 1.

Kaya Emir, "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3.

Kurt Sümeyra Sena, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 9, S. 17, Haziran 2021.

Sezer Yasin/İpek Ali İhsan, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", *TAAD*, C. 1, S. 3, 2010.

Türkarslan Süleyman, "Adli Sicil Kayıtlarının Hukuki Niteliği ve Silinme Koşulları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014.

Yıldırım Akif, "Disiplin Soruşturmalarında "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" Kararlarına Dayanılması Masumiyet Karinesinin İhlali Sayılır mı?", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 95, Temmuz 2014.

Yüzbaşıoğlu Cihan, "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi", Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014/1, Cilt I.

ŞİKÂYETE YETKİLİ KİŞİLER VE İRADELERİNİN ÇELİŞMESİ SORUNU

PERSONS ENTITLED TO FILE CRIMINAL COMPLAINT AND THE PROBLEM OF CONFLICTING WILLS

Koray DOĞAN*

Özet: Çocuklara ve kısıtlılara karşı işlenen, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyet hakkının kullanımı, uygulamada çeşitli hukuki sorunlara neden olmaktadır. Bu tür suçlarda öncelikle çeşitli olasılıklar üzerinden şikâyet hakkının kimlere ait olduğunun tespit edilmesi ve birden fazla yetkili kimsenin varlığı halinde bunların iradelerinin çelişme sorununun hem ceza muhakemesi hukuku hem de kişiler hukukuna uygun şekilde aşılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Şikâyetten Vazgeçme, Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikâyete Tabi Suçlar, Çocuk, Kanuni Temsilci

Abstract: The use of the right of complaint causes various legal problems in practice in crimes committed against children and persons with disabilities. In such crimes, first of all, it is necessary to determine who has the right to complain through various possibilities, and in the presence of more than one authorized person, the problem of conflicting their wills should be overcome in accordance with both criminal procedure law and civil law.

Keywords: Criminal Complaint, Withdrawal of Complaint, Offences Prosecuted on Complaint, Child, Legal Representative

Giriş

Ceza muhakemesinde suçlar kural olarak re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. Suçun toplumsal kurallara aykırı davranışlar olması, düzenin korunabilmesi bunu gerektirir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar, bu kuralın istisnalarıdır. Kanunun açıkça şikâyete tabi olduğunu belirttiği suçlarda, şikâyete yetkili kimse şikâyet hakkını fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı ay içinde kullanmadığı sürece soruşturmaya yetkili merci harekete geçemez (TCK m.73/1). Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suç-

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, koraydgn@gmail.Com, ORCID: 0000-0001-8656-0882,
Makale Gönderim Tarihi: 27.01.2021, Kabul Tarihi: 06.04.2022

larda şikâyete yetkili kişinin zararını gidermek için başvuracağı özel hukuk enstrümanlarında olduğu gibi bir seçim hakkı söz konusudur.[1] Bu noktada iki sorunun cevabı önem taşır: ilki hangi suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu, ikincisi ise kim/kimlerin şikâyete yetkili olduklarıdır. Bu makale ön mesele olarak ikinci soruya cevap arar. Devamında birden fazla yetkili kimsenin söz konusu olduğu olaylarda, şikâyet etme veya şikâyetten vazgeçme aşamasında bu kişilerin iradelerinin çelişmesi halinde bu çelişmenin çözümüne katkı sunmayı amaçlar.

Konu aslında sadece ceza muhakemesini ilgilendiren bir tartışma değil, *kişiler hukukuna* göre aynı hukuki işlemi ilgilendiren birden fazla irade açıklamasının söz konusu olması halinde bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı ile ilgilidir. Zira şikâyet de aslında *şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasına yönelik bir hukuki işlemdir* ve bu işlemin gerçekleşmesi şikâyete yetkili kimsenin şikâyet dilekçesi vermesi veya tutanağa geçirilmek üzere bunu beyan etmesi yani iradesini açıklamasına bağlıdır. Nitekim hukuki işlemin temel kurucu unsuru da irade açıklamasıdır. İşte bu noktada öncelikle bir hukuki işlem olarak şikâyette bulunmaya yetkili kimseleri belirlemek ve devamında irade açıklama yetkisine sahip bu kişilerin iradelerinin çelişmesi halini çözümlemek gerekir. Bu hususta açık bir yasal düzenlemenin olmaması karşısında konu, çocuklara karşı işlenen suçlarla ilgili içtihatlarla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008[2] ve 2014[3] yılında verdiği kararlar ve bu kararları prensip edinen ceza dairesi kararları ile uygulama istikrar kazanmıştır. YCGK, 2020[4] tarihli güncel kararında da bu içtihadını devam ettirmiştir. Bu kararlar ışığında tartışmaya geçmeden önce soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar hakkında genel bilgi vermek, çözüme ilişkin fikir oluşumuna katkı sağlayacaktır.

Konu teorik yönden çocuklar ve kısıtlılar açısından benzer mahiyette olsa da incelediğimiz yargı kararlarına yansıyan örnekler çocuklara karşı işlenen suçları konu aldığından çalışmanın ağırlık noktası da çocuklar, kanuni temsilcileri ve vekilleri arasındaki irade çelişmeleri-

---

1 Susanne Barnstorf, Unwirksamkeit des Strafantrags, NStZ 1985, s.67.
2 YCGK, 2008/56 E., 2008/156K., 03.06.2008, www.kararara.com
3 YCGK, 2013/287 E., 2014/273 K., 20.05.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr.
4 YCGK, 2018/80 E., 2020/416 K., 13.10.2020, www.kararara.yargitay.gov.tr.

ne yakın konumlandırılmıştır. Birden fazla yetişkin ve tam ehliyetliye karşı işlenen suçların durumu ise konu bütünlüğünü bozmamak adına kapsam dışı bırakılmıştır.

I. Soruşturma Mecburiyetinin Bir İstisnası Olarak Şikâyete Bağlı Suçlar

Ceza muhakemesinde geçerli olan soruşturma (kovuşturma) mecburiyeti ilkesi gereğince Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK m.160/1). Suçun kişisel menfaatler yanında toplum düzenini tehdit eden bir olgu olması, suçun soruşturulmasını zorun kılar. Ancak bunun en önemli istisnalarından birisi soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardır. Kanun koyucu tarafından önceden belirlenen bu suçlarda, şikâyete yetkili kimseler tarafından soruşturmaya yetkili makamlara şikâyet iradeleri açıklanmadığı sürece soruşturma açılamaz. [5]

Şikâyet kurumunun hem TCK m.73 hem de CMK m.158'de düzenleniyor olması, kurumun hukuki niteliği hususunda tartışma yaratmıştır. Bu durum özellikle kanunun zaman bakımından uygulanması ve kuşkudan sanık yararlanır ilkesinin uygulama alanına dahil olup olmaması bakımından[6] önem taşımaktadır. TCK'daki düzenlemede şikâyetin

---

5 1412 s. CMUK 344 gereğince soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda suçtan zarar gören kendisi de doğrudan şahsi dava açarak suçun kovuşturulmasını sağlayabilmekteydi.

6 Soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyet hakkı olan kişinin dilekçesinde veya tutanağa geçirilen ifadesinde kullandığı ifadelerden şikâyetçi olup olmadığı tam olarak anlaşılamıyorsa, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi gereğince şikâyetin söz konusu olmadığı söylenebilir mi? Şikâyetin belirsizliği kuşkudan sanık yararlanır ilkesinin koşullarına uygun değildir. Cezalandırma ile doğrudan bağlantısı olmasına rağmen suça ait vakıaların ispatıyla bir ilgisi yoktur. Burada istisnai bir durum, müştekinin eylem ve faili suçun işlendiği anda öğrenmesine rağmen, suçun işlendiği anın belirsiz olmasıdır. Kuşkunun kaynağı suçun işlendiği anın belirsiz olması ise sanık bundan yararlanır. Çünkü bu bilgi doğrudan suçun işleniş şekline dair ve ispatlanması gereken vakıaya ilişkindir. Bahsettiğimiz durum söz konusu ise yani müştekinin eylem ve faili öğrenmesinin suçun işlendiği ana tekabül ediyor olması halinde bu husustaki belirsizlik ve kuşku halinde kuşkudan sanık yararlanır ilkesi dolaylı da olsa etki gösterebilir. (Bkz. Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, in dubio pro reo, Ankara 2018, s.230-231), Şikâyet bakımından haklı görünüşle yetinip, kesin ispat aramamak gerektiği hususunda bkz. Doğan Gedik, Ceza

hukuki etkisi, süresi ve şikâyetten vazgeçme bahisleri düzenlenirken, CMK'da şikâyetin ne şekilde ve nereye yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Kanımızca hukuki niteliği itibariyle bir muhakeme şartı olan şikâyetin CMK'da düzenlenmesi gerekir. Örneğin TCK'da yer alan düzenlemede şikâyetin süresinin ne kadar olduğu ve hangi andan itibaren başlayacağı düzenlenmektedir. Bu hususlar muhakeme hukukuna ilişkindir. Alman hukukunda da konu, hem Alm.CK§77 vd. hem de Alm.CMK§158'de düzenlenirken, öğretide baskın görüş, Alm.CK'daki düzenlenmeye rağmen aslında bir *muhakeme şartı* olduğu yönündedir.[7] Şikâyetin yokluğu hem soruşturmaya hem de kovuşturmaya engel olduğundan şikâyetin bir muhakeme şartı olduğunu söylemek doğru olur.[8] Bu şekliyle şikâyet kurumu maddi ceza hukukuna ilişkin değil, şekli ceza hukukuna ilişkindir.[9] Şikâyet olmaksızın failin cezalandırılamayacak olması veya şikâyetten vazgeçilmesi halinde dava veya cezanın düşecek olması onu bir maddi hukuk kurumu haline getirmez. Zira şikâyet bir cezalandırma şartı değil muhakeme şartıdır. Şikâyetin varlığı halinde dahi suçun unsurları gerçekleşmemişse fail cezalandırılmaz.

Şikâyetin geçerlilik şartları, şikâyetin yetkili kimse tarafından, failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren altı aylık hak düşürücü süre içerisinde, Kanun'un öngördüğü ilgili makamlara yapılmış olmasıdır. Şekil şartı olarak ise şikâyetin yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılması gerekir (CMK m.158/5). Çalışmanın kapsamını genişletmemek adına bu koşullardan sadece şikâyete yetkili kimseleri detaylı şekilde incelemeyi uygun gördük.

Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi, (In Dubio Pro Reo), Ankara 2016, s.137.

7 Roxin Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 28. Auflage des von Eduard Kern begründeten Werkes, Sinzheim 2014, §8, kn.61; Schmidt Eberhard, Lehrkommentar zur Strafproze*ßordnung* und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1964, kn.34; buna karşılık negatif cezalandırma koşulu olduğu yönündeki görüş için bkz. Jens Dallmeyer, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 51. Edition, §77, kn.1.

8 Devrim Güngör, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009, s.29.

9 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2020, kn.262; Güngör, s.29; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s.381. Maddi ceza hukukuna ait bir müessese görüşü, şekli ceza hukukuna ait bir müessese görüşü ve karma görüş için bkz. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1989, s.398vd.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda *şikâyetten vazgeçme de* mümkündür. Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (m.73/4). Bu düzenlemeye göre şikâyetten vazgeçmenin sadece kovuşturma evresinde söz konusu olabileceği söylenemez, şikâyetten vazgeçme aksine bir düzenleme olmadığından evleviyetle soruşturma evresinde de mümkündür. Şikâyetten vazgeçme; daha önce yetkili kimse tarafından yapılmış olan şikâyetin geçersiz sayılmasının soruşturma ve yargılama makamlarından istenmesidir. Bir başka ifadeyle, fiil sebebi ile soruşturma ve kovuşturma yapılmasını isteme iradesinin açıklanmasından sonra bu açıklanmış olan iradeden vazgeçilerek, fiil sebebi ile artık soruşturma ve kovuşturma yapılmamasını istemektir.[10] Bu haliyle şikâyetten vazgeçmenin şikâyetin geri alınması şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.[11] Kanundaki vazgeçme terimi de geri alma anlamında kullanılmıştır.[12] Uygulamada kabul edildiği üzere kolluk veya savcılık ifadesi sırasında mağdura *"şikâyetçi misiniz?"* diye sorulduğunda şikâyetçi olunmadığının söylenmesi, şikâyetten vazgeçme veya şikâyetin geri alınması olarak kabul edilemez. Bu husus özellikle mağdurun sonradan şikâyetçi olmak istemesi halinde *"vazgeçmeden vazgeçme olmaz"* gerekçesiyle talebinin reddedilmesi halinde sorun yaratır. Mevzuatta, *"vazgeçmeden vazgeçme olmaz"* şeklinde bir düzenleme yoktur. Alm.CMK §77d'de şikâyetten vazgeçmeden vazgeçmenin mümkün olmayacağı, olması gerektiği şekilde açıkça düzenlenmektedir. Hukukumuzda da bu kural içtihat ve doktrinde kabul görmektedir. Bunun gerekçesi hukukun genel prensiplerinden *hakkın kötüye kullanılması yasağı* olabilir. Ancak dediğimiz gibi bunun söz konusu olabilmesi için kişinin şikâyetçi olduğuna dair iradesini açıklaması sonrasında bu şikâyeti geri almış olması, devamında tekrar şikâyetçi olmak istemesi gerekir. Yoksa ilk ifadesinde *"şikâyetçi değilim"* şeklinde beyanda bulunduktan sonra, süresi içinde dilerse şikâyetçi olma iradesi göstermiş olabilir.[13]

---

10 YCGK, 2013/71 E., 2014/206 K., 22.04.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr.

11 Aynı yönde Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Eskişehir 2022, s.180.

12 Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020, s.591. Yazarlar kendi görüşlerine göre vazgeçmenin asıl anlamının hiç kullanmamak olduğunu da ayrıca belirtirler. Vazgeçmenin feragat anlamına geldiği yönünde ayrıca bkz. Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2015, s.78.

13 Nitekim "10.10.2010 tarihinde, 05.02.2000 doğumlu oğlu mağdura karşı işlenen tak-

Şikâyet hakkından feragat ise şikâyetten vazgeçmeden (geri alınmasından) farklıdır. Şikâyet hakkından feragat, süresi geçmemiş, hiç açıklanmamış bir şikâyetin yapılmayacak olmasının açıklanmasıdır.[14] Feragatten söz edilebilmesi için hakkın doğmuş olması yani suçun işlenmiş olması gerekir.[15] Kovuşturma aşamasında şikâyetten vazgeçme sanığın kabulüne bağlı iken (TCK m.73/6), şikâyet hakkından feragat tek taraflı bir işlemdir. Çünkü artık şikâyet edilmiş ve bu nedenle hakkında bir kamu davası açılmış olan kişi beraat ederek aklanmayı tercih edebilir.[16]

II. Bir Suçu Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikâyete Bağlı Kılan Unsurlar

1. Suçla Korunan Şahsi Menfaatin Suçla Korunan Kamusal Menfaatten Önde Olması

Suçlardan bazılarının şikâyete bağlı kılınmasının çeşitli gerekçeleri vardır.[17] Bunlardan ilki, bu suçlarla korunan hukuki değerlerin birey ve toplum için resen soruşturulan suçlara nazaran daha az önemli

sirle yaralama suçuyla ilgili olarak aynı gün hastanede kolluk görevlilerince hakları hatırlatılmayarak, vekilsiz olarak alınan beyanında sanıktan şikâyetçi olmadığını belirten ve eşinden boşanması nedeniyle mağdur üzerinde tek başına velayet hakkına sahip olan annenin, olaydan 3 gün sonra karakola müracaatta bulunarak şikâyetçi olduğunu ifade etmesi üzerine sanık hakkında açılan dava sonucunda, annenin ilk beyanında şikâyetçi olmadığını ifade etmesi ve şikâyetten vazgeçmeden vazgeçmenin mümkün olmaması sebebiyle verdiği düşme kararının mağdur vekili tarafından temyizi üzerine "...12 yaşından küçük katılan üzerinde velayet hakkını haiz anne M.D., olay günü kolluk görevlilerince hastanede ve hakları hatırlatılmayarak, vekilsiz olarak alınan beyanında, sanıktan şikâyetçi olmadığını ifade etmiş ise de, 3 gün sonra Haliç Polis Merkez Amirliğine müracaatla alınan beyanında, olayın şoku ile sanıktan şikâyetçi olmadığını ancak oğlunun tedavisinin devam etmesi ve psikolojik sorunlar yaşaması sebebiyle şikâyetçi olduğunu ifade etmesi, yargılama aşamasında da şikâyetini sürdürerek davaya katılması, sezgin küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmada 4721 sayılı Kanun'un 13. ve 16. maddeleri ile 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, CMK'nın 234. maddesi hükmü de nazara alınmak suretiyle küçüğün haklarını koruyucu şekilde yorumlanmasının gerekmesi karşısında, şikâyetin devam ettiği gözetilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, soruşturma aşamasında alınan ilk beyana istinaden şikâyet yokluğundan düşme kararı verilmesi" hukuka aykırı bulunmuştur. 12.CD, 07.10.2013 T., 2013/2162 E. ve 2013/22805 K., bkz. Şahin, s.312.

14 Mustafa Albayrak, "Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar", *TBB Dergisi*, S.77, 2008, s.291.

15 Karakehya, s.181.

16 Karakehya, s.181.

17 Bu hususta daha önce ileri sürülmüş görüşler çeşitlidir. Ancak üzerinde uzlaşılan husus bunun tek bir sebebinin olmadığıdır. Görüşler için bkz. Önder, s.402-403.

olması ve suçun işlenmesi halinde korunan hukuki değere etkisinin sınırlı kalacak olmasıdır.[18]

Suçla korunan hukuki değerler, kamusal olanlar ve kişisel olanlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Özel kişilerin malvarlığı, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık kişisel hukuki değerlere; kamu malları, kamu sağlığı, kamunun güveni kamusal hukuki değerlere örnek olarak gösterilebilir. Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması için öncelikle koruduğu temel hukuki değerin kişisel nitelikte olması ve kamusal menfaatin daha geri planda kalıyor olması gerekir.[19] Eğer kamusal yönü ağır basıyor ise şikâyete bağlı olması yani gerçek bir kişinin iradesine bağlı kılınması mümkün değildir, kamu adına savcılık tarafından resen soruşturulur. Bir başka ifadeyle soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suçtan söz edilebilmesi için suçun mağduru mutlaka bir gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişi[20] olmalıdır. Burada hakaret suçu için özel bir parantez açmak gerekir, hakaret suçunda kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlıdır (TCK m.131/1). Bu halde suç bir gerçek kişiye karşı işlenmiş olsa da gerçek kişi yanında kamu idaresinin de suçtan zarar gördüğünün kabulü, bu türden nitelikli hakaret suçunun resen soruşturulması ve kovuşturulmasını gerekli kılmıştır.

Benzer bir durum uzlaştırma kapsamındaki suçlar için de geçerlidir. Zira uzlaştırmanın mümkün olduğu suçlar esas itibariyle kişisel menfaatlere karşı işlenen şikâyete bağlı suçlardır.[21] Kamu tüzel kişilerine karşı işlenen suçlarda uzlaştırma mümkün değildir (TCK m.253/1).

18 "Şikâyet kurumunun varlık nedeni soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçların sadece kendisine karşı suç işlenen kişileri etkilemesi ve dolayısıyla bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında kamu yararı bulunmaması şeklinde açıklanamaz. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçların işlenmesiyle ortaya çıkan toplumsal zararın kişisel zarardan daha az olduğu sonucuna varılamaz" şeklinde görüş için bkz. Güngör, s.26.

19 Dallmeyer, §77, kn.2; Torsten Schwarz, Rene Sengbusch: Zur Wirksamkeit von Strafanträgen minderjähriger, Verletzter, NStZ 2006, s.674; Barnstorf, s.67.

20 Tüzel kişiler de yetkili temsilcisi aracılığı ile şikâyet hakkını kullanabilir. İştirak etmediğimiz Yargıtay uygulamasında tüzel kişiler suçun mağduru değil suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Bkz. YCGK 26.06.2018, E: 2017/11-21, K: 2018/311, www.karararama.yargitay.gov.tr

21 Sadece cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı dahi olsa uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuştur (CMK m.253/3).

Ancak Kanun'da her kişisel menfaate karşı işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi kılınmamış, onlar arasında da önem dereceleri dikkate alınarak bir ayrıma gidilmiştir. Bunun en güzel örneklerinden birisi tehdit suçudur. Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit etmek resen takip edilmesi gereken bir suç iken, malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit ise mağdurun şikâyeti üzerine takip edilebilecek türdendir.

Bu unsur şikâyet kurumu ile ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi arasındaki ilişkiyi de ortaya koyar. *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez"* (TCK m.26/2). Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar incelendiğinde esas itibariyle kişilerin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilecekleri haklara ilişkin suçlar olduğu görülür. Bu sayede şikâyete bağlı suçların, genel olarak rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği suçlardan oluştuğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği her suç tipinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira unutulmamalıdır ki rıza, suç işlenmeden önce, en geç suç işlenirken açığa çıkması gereken bir negatif unsur iken, şikâyet suç sonrası dönemle ilgili bir fenomendir. Nitekim bazı suçlar işlendikten sonra toplumda yarattıkları olumsuz etki gözetilerek soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı kılınmamıştır. Bunun en iyi örneğini hırsızlık suçu oluşturur. Hırsızlık suçunun temel şekli (m.144,146 ve 167 hariç), kişinin mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak olan malvarlığına ilişkin olmakla birlikte şikâyete bağlı bir suç değildir. Zira hırsızlık fiili bir haksızlık olarak sadece mağdurun malvarlığı değerine bir saldırı olarak kabul edilmez, aynı zamanda insanların bir düzen içerisinde birlikte yaşamalarına yapılmış bir saldırı olarak da görülür ve kınanır. Nitekim hırsızlık suçunda etkin pişmanlık göstererek mağdurun zararını gideren fail için bu durum bir cezasızlık sebebi değil, cezasında bir indirim sebebidir (TCK m.168).

2. Suça Konu Fiilin Arz Ettiği Tehlike veya Neden Olduğu Zararın Makul Seviyede Olması

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı kılınan bir suç düzenlemesi ile kanun koyucu, o suçla korunan hukuki değerin göreceği muhtemel zarar veya tehlikenin göze alınabilir seviyede olacağını öngörmüş olur.[22] Bu zarar ve tehlike derecelendirmesi aynı hukuki değer üzerinden yapılmaktadır. Nitekim kasten yaralama suçunda basit tıbbi müdahale giderilebilecek ölçüde hafif yaralama halinin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı iken, daha ağır yaralama türleri şikâyete tabi değildir. Aynı şekilde cinsel taciz suçu soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi iken cinsel saldırı suçu şikâyete tabi değildir. Son olarak hırsızlık suçunun basit şekli resen takip edilen bir suç iken, kullanma hırsızlığı suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı kılınmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken ayrıksı bir durum, *hırsızlık suçunda değerin azlığı* halinde kendisini gösterir. Benzer bir mantıkla malın değerinin azlığının varlığı halinde de hırsızlık suçunun şikâyete bağlı kılınması beklenirken, kanun koyucu tercihini bu yönde kullanmamıştır. Halbuki Alman ve İsviçre Ceza Kanunlarında söz konusu durum kanun koyucu tarafından şikâyete bağlı kılınmıştır.[23] Alman Ceza Kanunu § 248a'ya göre, Alman Ceza Kanunu § 242'de düzenlenen hırsızlık ve § 246'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçları bakımından malın değerinin azlığının söz konusu olduğu hallerde bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması, savcılık makamının suçların soruşturulmasında özel kamusal yarar görmesi hali dışında şikâyete bağlıdır.[24]

3. Fail ile Mağdur Arasındaki Özel İlişki

Alman ceza muhakemesi hukukunda şikâyete tabi suçlar, mutlak *(absolute)* şikâyete tabi suçlar ve göreceli *(relative)* şikâyete tabi suçlar şeklinde ikiye ayrılır. Buna göre suçun her türlü işleniş şekli şikâyete tabi ise mutlak, sadece fail ile mağdur arasındaki yakınlığın varlığı ha-

---

22 Haksızlık içeriğinin azlığını bir gerekçe olarak kabul eden görüş için bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.641.

23 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2020, s.773.

24 Veli Özer Özbek/Serkan Meraklı, "Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar", *DEÜHFD,* Cilt: 19, Sayı: 1, 2017, s.22.

linde şikâyete tabi olanlar ise göreceli şikâyete tabi suçlar olarak adlandırılır.[25]

Türk hukukunda da yağma ve nitelikli yağma hariç, malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan suçların; haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir (TCK m.167/2).

Öncelikle bahsi geçen suçların malvarlığına karşı işlenen suçlar olması yani kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hukuki değeri koruyor olmaları önem taşır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bu durum, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının tek başına şikâyete bağlı kılınmasını sağlamaz. Aynı zamanda fiilin haksızlık içeriğinin de belirli bir seviyeyi aşmaması gerekir. İşte tam bu noktada söz konusu suçların belli yakınlık ilişkileri içerisinde olan kişiler arasında işlenmesinin haksızlık içeriğini azalttığını dikkate alan kanun koyucu, bu suçların bu türden işleniş şekillerini şikâyete bağlı kılmıştır. Yağma suçunun kapsam dışında bırakılması da bundandır. Ayrıca bu yakınlık ve akrabalık ilişkisinin m.167/1'de sayılanlar seviyesinde olması, bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemenin diğer bir gerekçesi ise anılan fiillerin resen soruşturulması ve kovuşturulması halinde bahsi geçen akrabalık ilişkileri ile aile içi barışın bozulma ihtimalinden kaçınmaktır.[26] Hatta şikâyete bağlı suçların en önemli varlık nedeninin bu suçların büyük bölümü bakımından suçtan zarar göreni ceza muhakemesinin olası etkilerinden korumak olduğu da belirtilmektedir.[27] Bu husus kurumun varlık nedeni olmasa da suçun şikâyete bağlı kılınmasının dolaylı bir sonucu olarak gösterilebilir. Nitekim şikâyete yetkili olan kişiler bu haklarını kullanıp kullanmayacaklarını değerlendirirken şikâyet sonrası sürecin olası etkilerini göz önünde bulundururlar. Burada eşler arasında işlenen cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturul-

---

25 Wolfgang Mitsch, Münchener Kommentar zum StGB 4. Auflage 2020, §77, kn.2; Nikolaus Bosch, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage 2019, §77, kn.3.

26 Tek gerekçesinin bu olduğu yönünde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.950.

27 Güngör, s.25-26.

masının şikâyete bağlı kılınmasının yerinde olmadığını söylemek gerekir. Zira yukarıda da izah edildiği üzere fail ile mağdur arasındaki ilişki tek başına suçu soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı hale getirmek için yeterli olmaz, haksızlık içeriğinin de azlığı bunu desteklemelidir. Vücuda organ veya sair cisim sokularak işlenen cinsel saldırı suçunun haksızlık içeriğinin azlığından söz edilemez.[28]

Son olarak aslında kavram olarak, onarıcı adaletin tesisi uzlaştırma kurumu ile birlikte anılsa da tarafların karşılıklı olarak anlaşması ve devamında şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesi de benzer bir amaca kısmen hizmet edebilir. Suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması şikâyetçiye bu imkânı verdiği gibi tarafları haricen anlaşmaya yönlendirerek aralarındaki anlaşmazlığın ve mağduriyetin fail eliyle giderilmesine de imkân sağlamaktadır.

4. Usul Ekonomisi

Esas itibariyle usul ekonomisi, özel hukuk yargılamasına egemen ilkelerden birisi olarak kabul edilse de niteliğine uygun olduğu ölçüde *belirli suçlara ait ceza yargılaması* için de önemlidir.[29] Zira An.141/son, hukuk ve ceza yargılaması ayrımı yapmaksızın *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir"* düzenlemesi ile bunu tüm yargının bir görevi olarak kabul etmiştir. Basitlik, hızlılık ve ucuzluk usul ekonomisinin zorunlu unsurları olarak kabul edilir.[30] Basit yargılama usulü, ön ödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi bir yönüyle yargılamanın iş yükünü azaltmayı amaçlayan düzenlemeler, bunun bir göstergesidir. YCGK da vermiş olduğu bir kararında usul ekonomisinin ceza yargılaması için de gözetilmesi gereken bir prensip olduğuna vurgu yapmıştır.[31]

---

28 Suçun başkaları tarafından öğrenilmesinin sakıncalarının da dikkate alındığı, savcı resen harekete geçerse mağdurun daha çok zarara uğrayabileceği görüşü için bkz. Özgenç, s.641.

29 HMK'da CMK'dan farklı olarak bu husus madde 30'da açıkça düzenlenmiştir, "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür".

30 Yılmaz Ejder, "Usul Ekonomisi", *AÜHFD,* 2008, C.57, S.1, s.243.

31 "6545 sayılı Kanun'un 84. maddesiyle 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddenin yedinci fıkrasındaki "Sulh ceza hâkimlikleri faaliyete geçirilinceye kadar, sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren her türlü kararı vermeye kaldırılan sulh ceza mahkemeleri yetkilidir" şeklindeki emredici hükümden, kaldırılan sulh ceza mahkemelerinin, sulh ceza hâkimliklerinin faaliyete geçtiği 16.07.2014

Doktrinde çok bahsi geçmese de soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçların varlık nedenlerinden birisi de ilgilisinin gerekli görmediği hallerde boştan yere adli kolluk ile adliyenin meşgul edilmesinin önüne geçmektir. Böylelikle adli kolluk ile adliye teşkilatı, nispeten daha önemli diğer suçlara zaman ve emek ayırabilecek, bu da o suçlarda makul sürede yargılama hedefine ulaşılmasına katkı sağlayacaktır. Sadece usul ekonomisinin *ucuzluk unsuru* ceza yargılamasına uymaz, zira ceza yargılamasında ekonomik karşılığı ne olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak için yapılması gereken usul işlemleri yerine getirilmelidir; mahkeme bunu gerekçe göstererek tanık dinlemek, bilirkişi incelemesi yaptırmak gibi usul işlemlerinden vazgeçemez. Bununla birlikte soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda mağdurun şikâyetçi olmayarak veya şikâyetinden vazgeçerek gereksiz yargılama giderlerinin önüne geçmesi de mümkündür. Örnek vermek gerekirse bir hakaret suçunun gereksiz yere soruşturulması ile kovuşturulmasının devlete maliyetinin, hakaretin neden olduğu olumsuz etkinin çok daha ötesinde olduğu söylenebilir.

III. Rıza Ehliyeti ile Şikâyet Hakkının Kullanılması Arasındaki İlişki

Ceza hukukunda kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Rıza esas itibariyle hukuka aykırılık unsuru ile ilgili bir olgu iken, cinsel suçlarda olduğu gibi tipikliğin objektif unsurları arasında da yer alabilmektedir. Rızanın konumuzu ilgilendiren boyutu *rıza ehliyeti* hususudur. TCK genel hükümlerde veya CMK'da kimlerin rızaya ehil olduklarına ilişkin genel bir düzenleme

---

tarihine kadar, "duruşma yapma, savunma alma, tanık dinleme, keşif yapma, iddianamenin kabulüne veya iadesine, koruma tedbirlerine ve davayı sonlandıran hüküm niteliğinde kararlar verme" gibi görev alanına giren her türlü kararı verme ve işlemi yapma yetkisine sahip olduğu anlaşılmalıdır. Aksinin kabulü, söz konusu mahkemelerin vereceği kararları tek tek belirtip sınırlandırmak yerine, "her türlü kararı" vermeye yetkili kılan kanun koyucunun iradesini sınırlamak anlamına gelecektir. Ayrıca sulh ceza mahkemelerinin, sulh ceza hâkimlikleri faaliyete geçinceye kadar davayı sonlandırıcı nitelikte kararlar vermesi, yargılamanın uzamasını önlemek, gereksiz emek ve gider kaybına neden olmamak anlamına gelen "usul ekonomisi" ilkesi ile davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını emreden Anayasa'nın 141/son maddesine de uygun olacaktır". YCGK, 2016/3-1167 E., 2019/9 K., 15.01.2019, www.kazanci.com.tr.

yoktur. Özel hükümlerde ise madde 103'ün tercihi 15 yaşını doldurmayanların veya doldurmuş olsa dahi fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olanların cinsel davranışlara rıza göstermeye ehil olmadıkları yönündedir.

Rızanın açıklanması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir ve ayırt etme gücüne sahip çocuk ve kısıtlılar tarafından kanuni temsilcisinin iznine ihtiyaç olmaksızın tek başına kullanılabilir.[32] TMK m.16'nın genel düzenlemesine dayanan bu yorum yanında mevzuatta özel düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin tıbbi müdahalelere rıza bakımından Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 gereğince *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır".* Ayrıca tıbbi müdahalenin niteliği ve amacından hareketle daha farklı uygulamalar da yapılmaktadır.[33] Rızaya ilişkin diğer bir özel düzenleme de Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun m.5'de yer alır, buna göre *"Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır".* Buna göre çocukların organ ve doku nakline rıza göstermeleri mümkün değildir.[34]

Ceza hukukunda rıza, suçun unsurlarına ilişkin bir maddi hukuk kurumu iken şikâyet yukarıda da bahsedildiği üzere bir muhakeme kurumudur. Ancak yargı kararlarında sıklıkla aynı yönde değerlendirmelere konu olurlar.[35] Bunun sebebi her ikisinin de şahsa sıkı sıkıya

---

32 Fatma Tülay Karakaş, Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s.93. Bu tespit borçlar hukuku açısından yapılmış olmakla birlikte konu kişilik hakları ile ilgili olduğundan aynı görüşün ceza hukuku açısından da savunulmasında sakınca yoktur. Aynı yönde bkz. Ersin Şare, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası", *DEÜHFD,* Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, s.982.

33 Karakaş, s.94 vd.

34 Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s.149.

35 "Medeni Kanun'da ayırt etme gücü bakımından asgari bir yaş sınırı gösterilmediği gibi Ceza ve Ceza Usul Kanunlarımızda da gerek katılma gerekse katılma ile bağlantılı kurumlar olan şikâyet ve rıza bakımından da asgari bir yaş sınırı kabul edilmemiştir". bkz. YCGK, 2013/287 E., 2014/273 K., 20.05.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr.

bağlı haklardan olmaları[36] ve cezalandırma anlamında korunan hukuki değerin sahibi olan kişinin iradesinin benzer şekilde sonuç doğuruyor olmasıdır.[37] Cezalandırma anlamında aynı yönde sonuç doğuruyor olmalarına rağmen diğer hukuki sonuçları farklıdır. Şikâyet, bir tür dava hakkı gibi bağlı diğer hakların korunmasına yönelikken, rıza bağlı hakka müdahale imkânı verir. Cinsel davranışa ve malvarlığına müdahaleye rıza gösterilmesi gibi. Rızanın en geç fiil gerçekleştirilirken açıklanmış olması aranırken, şikâyetin fiil gerçekleştikten sonra söz konusu olması da bununla bağlantılıdır.[38] Normalde rızaya ehil olan kişi aynı zamanda şikâyet etme yetkisine sahip olsa da kanuni temsilcinin yetkisi anlamında bu farklılıktan kaynaklı şekilde bir ayrıma gitmek gerekir. Kişiler hukukunda kanuni temsilin mümkün olduğu malvarlığına ilişkin haklar bakımından kanuni temsilcinin rızası sonuç doğururken, cinsel dokunulmazlığı ilgilendiren davranışlara rızada bu durum mümkün olmaz. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da kendi içerisinde mutlak ve nispi haklar olmak üzere ikiye ayrılır, mutlak olanlar temsile kapalıdır ve yalnızca hak sahibince kullanılabilir. Eğer hak sahibi ayırt etme gücüne sahip değilse başkası tarafından kullanılamaz.[39] Nispi haklarda ise TMK m.16/2 gereğince ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler yerine kanuni temsilcilerinin kullanımı mümkündür.[40] Örneğin yukarıda da bahsi geçen tıbbi müdahaleye rıza gösterme bakımından kanuni temsil mümkündür.[41] Son olarak ötenazi gibi yaşam hakkına yönelik müdahalelerde asilin dahi rızası fiili hukuka uygun hale getirmez, zira kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak söz konusu değildir.

IV. Şikâyete Yetkili Kişilerin Belirlenmesi Sorunu

1. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

Bir suça ilişkin olarak şikâyet hakkı olan kişiler için TCK m.73 *yetkili kimse* terimini kullanmıştır. Yetkili kimsenin kim olduğu hususunda

---

36 Serap Helvacı, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İ.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993, s.105.
37 Schwarz/Sengbuch, s.678.
38 Bahri Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.47.
39 Helvacı, s.87.
40 Helvacı, s.88.
41 Helvacı, s.89.

ise açık bir düzenleme TCK veya CMK'da yer almaz. Sadece bu kimselerin karşılığı olacak şekilde TCK m.73/4 *suçtan zarar gören* ifadesini kullanırken,[42] CMK m.158/7 *mağdur* terimini tercih etmiştir. TCK özel hükümlerde de ağırlıklı olarak mağdur terimi kullanılırken (m.86/2, 102, 103, 131 gibi), az sayıdaki düzenlemede suçtan zarar gören terimi tercih edilmiştir (m.12, 154). Bu farklılık haklı olarak eleştirilir,[43] zira ikisi birbirinden farklı anlamlara karşılık gelen terimlerdir. Ayrıma ilişkin farklı görüşler olmakla birlikte *mağdurun* suç ile ihlal olunan menfaatin[44] veya kullanım hakkının sahibi veya hamili olduğunu söylemek yanlış olmaz.[45] Çalınan malın sahibi veya zilyedi, suç neticesinde yaralanan kişi, hakaret edilen kişi gibi. Mağdur dışında suçtan dolaylı şekilde zarar gören kişiler için ise *suçtan zarar gören* terimi kullanılır. Öldürülen kişinin mirasçıları, hakaret edilen ölenin mirasçıları gibi. Mağdurun da suçtan zarar gördüğü söylenebilirse de her suçtan zarar görenin suçun mağduru olduğunu söylemek yanlış olur. Suçtan zarar gören, mağdura göre daha geniş bir kavramdır. Bunun için mağdur yerine *dar anlamda suçtan zarar gören* terimi de kullanılmaktadır. *Geniş anlamda suçtan zarar gören* ise bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanabilir.[46] Örneğin mala zarar verme suçunun mağduru malın maliki iken, mağdurun ölmüş olması halinde mirasçıları da bu zarardan dolaylı olarak etkilenecekleri için onları da suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekir.

Bu açıklamalar doğrultusunda şikâyet hakkı olan asıl kişi, doğal olarak suçtan *doğrudan* zarar gören suçun mağduru yani dar anlamda suçtan zarar görendir.[47] Zira şikâyet hakkı, suça konu hukuki menfa-

---

42 Alm.CK hem § 77, hem §158 suçtan zarar gören terimini tercih etmektedir. Bunun da suçtan doğrudan zarar gören kişi olarak anlaşılması gerektiği kabul edilir bkz. Dallmeyer, §77, kn.14. Doğrudan zarar görenin ölmüş olması ihtimali de Alm.CK § 77/2'de ayrıca düzenlenmiştir.

43 Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2020, s.107.

44 Suçun hukuki konusu olarak da bilinen kavram, suçtan doğrudan doğruya zarar gören şahsa veya şahıs topluluğuna yani suçun pasif süjesine ait özel bir varlık veya menfaattir bkz. Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s.166.

45 Toroslu, s.176; Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFD,* 61 (2) 2012, s.661.

46 Şahin Cumhur, s.129-130.

47 "Şikâyet istisnai bir kurum olduğundan şikâyete hakkı olanı suçtan doğrudan zarar görenle sınırlandırmak gerekir" şeklinde büyük ölçüde katıldığımız görüş için bkz. Centel/Zafer, s.107; Güngör, s.45. Yukarıda metin içinde de izah ettiğim

atin korunması adına ilgilisine tanınmıştır.[48] Eğer olayda birden fazla mağdur söz konusu ise şikâyet hakkını birbirlerinden bağımsız şekilde kullanabilirler.[49] Geniş anlamda suçtan zarar görenlerin bu hakkı kullanması ise hakaret suçlarında mağdurun ölümü halinde söz konusu olabilir. Nitekim TCK m.131/2 gereğince *"Mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikâyette bulunulabilir"*. Özel hükümlerde benzer nitelikte açık düzenleme olmayan diğer soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar için ise bu yönde bir uygulama, kıyasen dahi yapılamaz.[50] Nitekim medeni hukuk yönü itibariyle de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilirler ve el değiştirerek başkalarına devredilmeleri veya miras yoluyla geçmeleri bu hakların niteliğiyle bağdaşmaz.[51] Ancak burada Kanun'da açık bir düzenleme (m.131/2) olduğundan istisnai bir durumun söz konusu olduğu kabul edilmelidir.[52]

Suçun konusu ile mağdurun farklı kişiler olduğu suçlar bakımından şikâyet yetkisinin yine mağdura ait olduğunu da ayrıca belirtmek gerekir. Örneğin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda suçun konusu çocuk iken mağdur kanuni temsilcisidir. [53] Zira bu suçla koru-

---

üzere TCK m.131/2 bunun istisnası niteliğindedir. Aynı yönde bkz. Önder, s.412; Öztürk/Erdem, kn.263; Koca/Üzülmez, s.384.

48 "Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkı taksirle yaralama suçunda suçtan doğrudan doğruya zarar gören, yani yaralanan mağdura, mağdurun kendisini savunamayacak derecede malul olması veya yaş küçüklüğü bulunması halinde ise kanuni temsilcisine ait olduğundan.." 12. Ceza Dairesi 2020/626 E., 2020/2878 K., 02.06.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr.

49 TCK m.73/3: "Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez." Önder, s.411; Koca/Üzülmez, s.385.

50 TCK m.131/2 istisnai bir düzenlemedir. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020, s.111; Yaprak Öntan, "Şikâyete İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *AÜHFD*, 69 (4), 2020, s.1651.

51 Aydın Zevkliler, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s. 135. Sadece şikâyet hakkı kullanıldıktan ve kamu davasına katıldıktan sonra katılanın ölmesi halinde mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler.

52 Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki karar uyuşmazlığının giderilmesi için verdiği kararda Yargıtay, bunun yanında "karşılıksızdır" işlemi yapılmadan önceki dönemde geçerli ve meşru ciranta olan kişinin de şikâyet hakkı olduğunu kabul etmiştir. 19.CD., 3072/5974, 10.5.2018. RG 18.5.2018, 30425.

53 "Anılan suçta çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle suçun mağdurunun anne ile baba olması karşısında, yaşı küçük Sibel›in anne ve babasının davaya dahil edilip şikâyetleri olup olmadığı araştırılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması," 14. CD., 2016/4856 E., 2019/11033 K., 24.09.2019, www.kararama.yargitay.gov.tr.

nan hukuki değer, veli veya vasinin velayet ve vesayet haklarıdır.[54] Bu suça göre kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine cezalandırılır (TCK m.234/2).

Eşe karşı üçüncü kişi tarafından işlenen suçlarda diğer eşin şikâyet hakkının olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Burada özellikle öğretide savunulan *"evli kadına karşı işlenen hakaret suçunda koca da suçtan doğrudan doğruya zarar gören olarak kabul edilebilir"* şeklindeki görüşe[55] katılmıyoruz. Burada CMK m.262'de yer alan *"Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi, şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurabilirler"* şeklindeki düzenleme de kıyasen uygulanamaz. Zira düzenleme mağdur veya katılanın değil sadece *şüpheli veya sanığın* eşine bu yetkiyi tanımıştır. Ceza yargılamasının şüpheli ve sanık üzerindeki etkisi, temel hal ve özgürlükleri sınırlandırma ihtimali dikkate alındığında kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli bir tercih olduğunu düşünüyoruz.

Bu hususta Kanun'da yurtdışında işlenen suçlar (m.11), yabancı devlet başkanını karşı Türkiye'de işlenen suçlar (m.340/2), yabancı devlet bayrağına hakaret suçu (m.341/2) ile ilgili özel düzenlemeler de yer almaktadır.

2. Çocuk ve Kısıtlılar ile Kanuni Temsilcileri

Çocuk ve kısıtlıların mağduru oldukları suçlar veya TCK m.131/2 gereğince mirasçısı oldukları ölene karşı işlenen hakaret suçu bakımından şikâyet hakkına sahip oldukları kesindir[56]. Sadece bu hakkı bizzat

---

54 Recep Gülşen, "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)", *İÜHFM* C. LXXI, S. 1, 2013, s.590.

55 Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020, s.227; Öztürk/Özbek/Erdem, s.69'a atfen Koca/Üzülmez, s.384.

56 BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.12/2 gereğince "Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır". Maddenin 1. fıkrasında da bu imkânın "görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuklara" tanınması gerektiği belirtilmektedir. Bu da bizim hukuk sistemimizdeki "ayırt etme gücüne sahip olma" ile benzer bir düzenleme olarak yorumlanabilir. Düzenleme çocuğun iradesine mutlak üstünlük tanınması gerektiğini öngörmese de çocuğun iradesine değer verilmesini taraf devletlere yükümlülük olarak yükle-

kullanabilmeleri için diğer şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda olduğu gibi ***ayırt etme gücüne*** sahip olmaları gerekir.[57] Konu kişilerin fiil ehliyeti ile ilgili olduğundan konunun öncelikle TMK hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekir.[58] Nitekim TMK m.16 gereğince *"ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir".* Ayırt etme gücü ile ilgili olarak da TMK m.13 düzenlemesi esas alınabilir. Buna göre *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir".* Buradan hareketle ayırt etme gücü kavramından anlaşılması gereken, kişilerin eylem ve işlemlerinin neden ve sonuçlarını, önem ve kapsamlarını anlayabilmeleri için gerekli olan bilinç, anlayış ve iradeye sahip olmalarıdır.[59] Ayırt etme gücünün hangi yaştan itibaren kazanılacağı düzenlenmemiştir, düzenlenmesi de uygun olmaz zira bu değerlendirmenin ilgili işlem ve kişi özelinde yapılması gerekir.[60] Ergin, akıl hastalığı veya zayıflığı[61] olmayanların ayırt etme gücüne sahip oldukları karine olarak kabul edilir.[62]

Kişiler hukukunda ayırt etme gücüne sahip çocuklar ve kısıtlı olanlar, *sınırlı ehliyetsiz* olarak kabul edilirken, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar *tam ehliyetsiz* grubuna dahildir. Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne yani makul şekilde hareket edebilme kudretine sahip

---

mesi sebebiyle önemlidir. Çocuk Koruma Kanunu m.4'de de çocuğun karar alma süreçlerine dahil edilmesini ilke olarak düzenler. Ayrıca bkz. Işıka, s.70.

57 Güngör, s.4; Albayrak, s.287.

58 Ekrem Kurt, "Türk Hukukunda Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları", *İKÜHFD,* 15 (2) 2016: 1, s.171.

59 Vehbi Umut Erkan/İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü", *AÜHFD,* 60 (3) 2011, s.488.

60 "Örneğin 8 yaşındaki bir çocuğun kırtasiyeden kalem alma konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu varsayılsa da, aynı çocuğun bir spor araba alma konusunda aynı ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenemez". Erkan/Yücer, s.489.

61 İnceleme sonucunda Adli Tıp Kurumu'nca düzenlenen rapor sonucuna örnek vermek gerekirse: "Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporunda; mağdurun yapılan muayenesinde orta derecede zeka geriliği tespit edildiği, kendisinde saptanmış bulunan ve hayatının ilk yıllarından başlayıp ömrü boyunca sürecek olan bu zeka geriliğinin mağduru olduğu olayın ahlaki redaetini idrak etmesine ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede olduğu, mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılabileceği,.." YCGK, 2013/287 E., 2014/273 K., 20.05.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr.

62 Erkan/Yücer, s.495.

(mümeyyiz) kimseler olmakla birlikte, tam fiil ehliyeti için gerekli olan ergin olma ve kısıtlı olmama şartlarından birine sahip değildirler.[63] Tam ehliyetsizler ise ayırt etme gücünden yoksun kimseler olduğundan hukuki işlem ehliyetleri bulunmamaktadır (TMK m.14).

Şikâyet hakkının kullanılması için de ayırt etme gücüne sahip kişilerin bu hakkı şahsen, sahip olmayanların ise kanuni temsilcileri[64] (veli ya da vasi[65]) aracılığıyla kullanabilecekleri kabul edilir.[66] Burada ayırt etme gücünden anlaşılması gereken *şikâyetin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yetisidir.*[67] Kanuni temsilcinin şikâyet hakkını kullanımı hakkında Alm.CK bir düzenleme içerirken,[68] TCK veya CMK'da açık düzenleme yoktur. Bu nedenle konu içtihatlarla şekillenmiştir. 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulu'nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında TMK ile uyumlu şekilde *"ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları"* sonucuna ulaşılmıştır. Ceza Genel Kurulu'nun 2014 tarihli içtihatları ile konuyu benzer şekilde ele aldığı ancak bu defa ***bir yaş sınırı*** belirlediği görülür. Makalenin de yazılmasına vesile olan bu karara göre *"..bu konuda uygulamada oluşan tereddütlerin giderilip **yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için,** herhangi bir malullüğü bulunmayan çocukların mağdur oldukları suçlara*

---

63 Kurt, s.131.

64 Şikâyet süresi içerisinde kanuni temsilcinin değişmesi sürenin baştan başlamasını sağlamadığı gibi, şikâyet süresi dolduktan sonra kanuni temsilcinin değişmesi yeni bir şikâyet hakkı doğurmaz. Bkz. Cihan Şahin, "Küçüklerin Şikâyet ve Şikâyetten Vazgeçme Hakkı", *TAAD,* Yıl: 5, Sayı: 16 (Ocak 2014), s.297.

65 TMK m.403: "Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür".

66 6284 sayılı Kanun m.20/2 gereğince "Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir" ancak Bakanlık'ın şikâyet yetkisi yoktur.

67 Schwarz/Sengbuch, s.678.

68 Alm.CK §77/3'e göre, "şikâyet hakkına sahip kişinin hukuki işlem yapabilme ehliyetinin olmaması (Alm. geschäftsunfähig) veya kısıtlı olması halinde, şahsi konularda kanuni temsilcisi ve şikâyet hakkı sahibi üzerinde bakım hakkı bulunan kişiler şikâyette bulunabilir". Alm. Medeni Kanunu'na göre 7 yaşın altındaki çocukların bu ehliyete sahip olmadığı, 7 ila 18 yaş aralığındakilerde ise sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bu düzenlemeye rağmen 17 yaşında olan mağdurun şikâyet hakkını tek başına kullanamayacağı yönünde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 25-01-1994- 1 StR 770/93, NJW 1994, s.1165.

ilişkin olarak ***beyanda bulundukları tarihte 15 yaşından küçük olmaları halinde*** *ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadıkları, 15 yaşından büyük olmaları halinde ise bu yeteneğe sahip oldukları kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 gün ve 56-156 sayılı kararında 14 yaşındaki, 27.01.2009 gün ve 145-8 sayılı kararında da 10 yaşını tamamlamayan küçüğün cinsel istismar suçunda katılma açısından ayırt etme gücünün bulunmadığına karar verilmiştir*[69]*".* Karar esas itibariyle şikâyetten vazgeçme ve kamu davasına katılma ile ilgili olsa da sonraki Kurul ve Daire kararlarında şikâyete yetkili olmayı da içine alacak şekilde geniş yorumlanarak istikrarlı bir içtihat halini almıştır. Nitekim şikâyet hakkının kullanılması ile şikâyetten vazgeçme ve kamu davasına katılma arasında yetki anlamında paralellik söz konusudur.[70]

Kurul, kasten yaralama suçuna ilişkin olarak aynı yıl verdiği sonraki kararında bu defa **suç ayrımı yapılmaksızın** 15 yaş sınırının esas alınmasını içtihat etmiş,[71] ceza daireleri de bu içtihadı benimsemiştir.[72] Daire kararlarından bazılarının ilgili kısımlarını burada zikretmek gerekirse;

Kasten yaralama suçu ile ilgili yargılamada, *"Şikâyet ve şikâyetten vazgeçme haklarının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, 15 yaşından küçük mağdurun kanuni temsilcisi aracılığıyla bu hakları kullanabileceği,…*[73]*"*

---

69 YCGK, 2013/287 E., 2014/273 K., 20.05.2014, www.kararарama.yargitay.gov.tr.

70 Şikâyet ile şikâyetten vazgeçmenin farklı yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Şahin, s.311.

71 "Bu düzenlemelerden hareketle ve bu konuda uygulamada oluşan tereddütlerin giderilip yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için, herhangi bir malullüğü bulunmayan çocukların mağdur oldukları suçlara ilişkin olarak suç ayrımı yapılmaksızın, beyanda bulundukları tarihte 15 yaşından küçük olmaları halinde ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadıkları, 15 yaşından büyük olmaları halinde ise bu yeteneğe sahip oldukları kabul edilmelidir." bkz. YCGK, 2014/28 E. , 2014/537 K., 02.12.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr.

72 Daha önceki içtihatlar karşılaştırıldığında farklı bir uygulamanın benimsendiği söylenebilir: "Medeni Kanun'un 16. maddesinde, mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessillerin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarının açıklanmış bulunmasına göre 11.07.1990 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurenin mümeyyiz olup olmadığı raporla saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken" (2.CD. 27.04.2006/10943-8813, bkz. Albayrak, s.287, dpn.7. Yukarıda yer verdiğim yeni içtihatlarda, 15 yaşından küçüklerde herhangi bir ilave inceleme yapılmaksızın şikâyet hakkını tek başlarına kullanamayacakları kabul edilmektedir.

73 3. CD. 2020/8473 E., 2020/10743 K., 15.09.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr

Kasten yaralama suçu ile ilgili yargılamada, *"Mağdur ...'nın suç tarihinde 15 yaşından küçük olması nedeniyle, mağdur adına şikâyet ve kamu davasına katılma yetkisinin kanuni temsilcisine ait olduğu,…[74]"*

Yine kasten yaralama suçu ile ilgili yargılamada, *"Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 tarihli ve 56-156 sayılı kararı gereği, suç tarihi itibariyle 15 yaşından büyük ve şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmaya ehil mağdurun 16.03.2016 tarihli duruşmada sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmesi…[75]"*

Tehdit suçu ile ilgili yargılamada, *"Mağdur ...'nın suç tarihinde 12 yaşından küçük olması nedeniyle, mağdur adına şikâyet hakkını kullanma ve kamu davasına katılma yetkisinin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.05.2014 tarih ve 2013/287 Esas- 2014/273 sayılı kararı gereğince kanuni temsilcilerine ait olduğunun anlaşılması karşısında…[76]"*

Sarkıntılık suçu ile ilgili yargılamada, *"Suç tarihinde on beş yaşını tamamlamayan mağdureler ...'in velayet haklarına sahip kanuni temsilcileri olan müştekiler ...'in, kovuşturma evresinde alınan 08.10.2015 tarihli mahkeme ifadelerinde sanıktan şikâyetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında,…[77]"*

Başlangıçta da söylendiği üzere Yargıtay, bu şekilde yasal bir boşluğu içtihatlar yoluyla doldurma yoluna gitmiştir. Ancak bu hususta kanun koyucunun bilinçli olarak genel geçer bir düzenleme yapmaktan kaçındığı kanaatindeyiz. Zira şikâyet hakkının kullanımı için gerekli olan ayırt etme gücü nispi bir kavram olduğundan her somut fiil ve kişi özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, kişiler hukuku öğretisi tarafından da kabul edilmektedir. [78] Ayrıca Yargıtay'ın içtihatlarının gerekçe yönü de sorunludur. Öncelikle TCK m.31'in çocukların cezai ehliyetine ilişkin yaş sınırını dolaylı şekilde esas alan yaklaşımı eleştirilebilir. Burada aslında CGK belirtmese de ceza muhakemesinde kural olarak mümkün olan kıyas yöntemini uygulamakta iken[79] kıyasın söz konusu olabilmesi için hakkında düzenleme olan kurum ile

74 3. CD. 2020/14820 E., 2020/10742 K., 15.09.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr
75 3. CD. 2020/6882 E., 2020/10769 K., 15.09.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr
76 4. CD. 2016/12850 E., 2020/5934 K., 08.06.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr
77 14. CD. 2020/3000 E., 2020/3255 K., 14.07.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr
78 Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2017, s.290; İhsan Erdoğan/A. Dilşat Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2019, s.235.
79 Şahin, s.300.

düzenleme olmayan kurumun *benzer mahiyette* olmaları gerekir. Halbuki çocuğun cezai sorumluluğu ile ceza muhakemesi hukukunda işlem yapabilme ehliyeti[80] farklı şeylerdir.[81] TCK madde 31'de kanun koyucu çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa erişimini dikkate alarak[82] bir ayrıma gitmiştir.[83] Buna göre on iki yaşından küçüklerin cezai sorumluluğu yokken, on iki yaşını doldurup on beş yaşını doldurmamış olanların ceza sorumluluğu olup olmadığının ayrı bir incelemeye göre belirlenmesi gerekir. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde cezai sorumluluğunun olacağı yasal olarak kabul edilmiştir. Ancak suç mağduru çocuklarla ile ilgili benzer bir ayrım yasada yapılmamıştır. Dolayısıyla suç mağduru olan çocukların muhakeme hukukuna ilişkin hukuki işlem yapabilme ehliyetleri bakımından *kişiler hukukunun genel hükümleri* esas alınmalıdır.[84] Buna göre de veli ile çocuğun iradelerinin farklı olduğu anlaşı-

---

80 Ceza muhakemesinde özel hukukta olduğu şeklinde davanın tarafları söz konusu olmadığından taraf veya dava ehliyetinden de söz edilmez. Bu nedenle burada özellikle taraf veya dava ehliyeti yerine muhakeme hukukunda hukuki işlem yapabilme ehliyeti ifadesi kullanılmıştır. Bunun kaynağında da esas itibariyle kişiler hukukundaki fiil ehliyeti yer alır. Nitekim HMK m.51: "Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir". Yargıtay'a göre de "Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulî işlemleri yapabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildir; dolayısıyla, medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler". 9.HD. 08.05.2018, 1953/10305, https://calismatoplum.org/yargitay-karari/dava-ehliyeti

81 Kurt, s.170.

82 Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar (Pekin (Beijing) Kuralları), madde 4.1.

83 Pekin Kuralları madde 4.1 yorum kısmı: "Cezai sorumluluğa ilişkin asgari yaş sınırı, tarih ve kültüre göre değişmektedir. Bu konuda modern yaklaşım, çocuğun cezai sorumluluğunun gerektirdiği ahlaki ve psikolojik unsurlara uyumlu olarak cezai sorumluluğun psikolojik ve manevi sonuçlarını kaldırmaya hazır olup olmadığıdır. Yani, çocuğun kişisel anlama ve isteme yeteneğinin anti sosyal davranışından onu sorumlu tutmaya yeterli olup olmadığıdır". Türkçe çevirisi için bkz. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf

84 "İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu m. 106/I'e göre "fiil ehliyetine sahip olan kimse dava ehliyetine de sahip sayılır" şeklinde çözüme kavuşturulmuştur. Aynı Kanun'un 2. fıkrası fiil ehliyeti bulunmayan kimselerin yasal temsilcileri tarafından temsil olunacağını, 3. fıkrası da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından "ayırt etme gücüne sahip bulunan ehliyetsiz kimselerin (sınırlı ehliyetsizlerin) kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması niteliğindeki işlemleri yasal temsilcilerinden bağımsız olarak tek başlarına kullanabileceklerini açıkça hükme bağla-

lan dosyalarda mutlaka çocuğun somut olaydaki suç özelinde şikâyet veya katılma hakkını kullanabilmek için yeterli ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının uzmanı tarafından incelenmesi ve ona göre karar verilmesi gerekir. [85]

Aslında bu husus, anılan 2014 tarihli ilk Ceza Genel Kurulu kararında da açıkça vurgulanmıştır: *"Ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücü; kişinin kamu davasına katılma veya katılmamanın doğuracağı hukuki sonuçları algılayıp, makul bir seçimde bulunabilmesidir. Davaya katılma bakımından ayırt etme gücü,* ***mağdurun yaşı ve ayırt etme gücüne etki eden kişisel durumu kadar, mağdura karşı işlendiği iddia olunan suçun özellik ve niteliği ile de ilgilidir.*** *Medeni Kanun'da ayırt etme gücü bakımından asgari bir yaş sınırı gösterilmediği gibi Ceza ve Ceza Usul Kanunlarımızda da gerek katılma gerekse katılma ile bağlantılı kurumlar olan şikâyet ve rıza bakımından da asgari bir yaş sınırı kabul edilmemiştir".* Tabi bu karara konu olay bakımından CGK, on beş yaş sınırını esas alırken sadece TCK m.31 düzenlemesini değil esas itibariyle cinsel suç mağduru çocukların yaşına ilişkin TCK m.103 vd. hükümlerin yaptığı ayrımı da esas almıştır. Bu hususta karardan yine alıntı yapmak gerekirse: *"kanun koyucu bu maddede "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanunun 104. maddesinde de cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir".*

Bu kararı emsal alan Ceza Daireleri, yukarıda örnekleri verildiği üzere cinsel suçlar dışındaki suçlar bakımından da on beş yaş sınırını esas alarak kararlar vermiştir.

---

maktadır". bkz. Kurt, s.171.

85 Şahin, bu uygulamayı benzer şekilde eleştirmekte, çözüm olarak çocuklarda ayırt etme gücüne sahip olanlar ve olmayanlar şeklinde bir ayrım yapılmasını, kişide akıl hastalığı veya akıl zayıflığı söz konusu değilse çocuğun iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırma gücüne sahip olup olmadığını değerlendirme hususunda hakime takdir yetkisi tanınması gerektiğini, bu değerlendirmenin tıp biliminden çok hukuk biliminin konusuna girdiğini, 12 yaşından küçük bir çocuğun da şahsen şikâyet etme hakkı için gerekli olan ayırt etme gücüne sahip olabileceğini savunmaktadır. Bkz. Şahin, s.301.

Son olarak **taksirle yaralama suçuna** ilişkin 2020 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da aynı uygulama devam ettirilmiştir. İlave gerekçe olarak *"5237 sayılı TCK'da yaşı küçük mağdurlar diğer bir ifadeyle çocuklar bakımından yaş dönemleri düzenlemesi öngören tek madde olan 'Çocukların cinsel istismarı' başlıklı 103. maddesinde yer alan düzenlemeden yararlanılmak suretiyle, ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücü noktasında yaşla ilgili problemin çözümü yoluna gidilmelidir."* gerekçesi kararda vurgulanmıştır.[86]

Burada söz konusu olan hukuk uygulama yöntemi, kanun boşluğunun **kıyas yoluyla** doldurulmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere kıyasın söz konusu olabilmesi için kıyas yapılan iki kurumun benzer mahiyette olması gerekir. Yargıtay, cinsel suçlarda rızaya ilişkin düzenlemeyi diğer suçlara ilişkin şikâyet hakkının kullanılması halleri için de kıyasen uygulanabilir kabul etmektedir. Yukarıda vurgulandığı üzere şikâyet ile rıza hukuki nitelikleri farklı da olsa *muhakemeye etkileri bakımından* benzer kurumlar olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla cinsel suçlar bakımından rızaya ehliyet için yasanın kabul ettiği yaş sınırı şikâyete ehliyet için de esas alınabilir. Ancak diğer suçlar bakımından aynı şey söylenemez, zira ayırt etme gücünün varlığı bir çocukta cinsel suçlarda söz konusu iken diğer hukuki değerler bakımından söz konusu olmayabilir. Dolayısıyla farklı suç türlerine ait uygulamalarda kıyasen çözüm geliştirilmiş olması yersizdir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında şu sonuca ulaşılabilir: **cinsel suçlar bakımından** on beş yaş altı çocukların şikâyet veya davaya katılma anlamında ayırt etme gücünün varlığının ayrıca araştırılmasına gerek olmaksızın şikâyet ve katılma hakkını sadece kanuni temsilcileri vasıtasıyla kullanabilecekleri,[87] on beş yaş üstü çocukların ise tek başlarına bu hakları kullanabilecekleri kabul edilebilir. **Diğer suçlarda**

---

86 YCGK, 2018/80 E., 2020/416 K., 13.10.2020, www.kararарama.yargitay.gov.tr.

87 Burada kanuni temsilcilerin duruşmadan haberdar edilmesi de önemlidir. "On beş yaşından küçük olup ayırt etme gücü bulunmayan mağdurun kanuni temsilcisinin duruşmalardan haberdar edilmemesi halinde, mağdurun yaşı itibariyle onu temsilen davaya katılma ve kanun yoluna başvurma hakkı bulunan velisine gerekçeli kararın tebliğinde zorunluluk bulunmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. 14. CD. 2018/10715 E., 2019/9815 K., 15.05.2019, Mehmet Beyhan Seçkin, "Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020, s.639.

ise kanunda açıkça düzenleme yapılmadığı sürece,[88] herhangi bir yaş sınırı olmaksızın eğer kanuni temsilci ile çocuk veya kısıtlının iradesi çelişiyorsa çocuk veya kısıtlının o suç bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının özel olarak incelenmesi gerekir. Cinsel suçlara ilişkin kabul, kıyasen diğer suçlar bakımından uygulanamaz.

Son olarak TMK m.336/1'de yer alan *"Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar"* düzenlemesi gereğince, ana veya babadan sadece birisinin şikâyetinin yeterli görülmemesi gerekir. Yargıtay da bu hususta *"küçük olan mağdurun annesinin şikâyetçi olmadığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 336/1. maddesindeki "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar" hükmü uyarınca babanın beyanı alınmadan şikâyet yokluğundan bahsedilemeyeceği gözetilmeden…"* karar verilmesini hukuka aykırı bulunmuş,[89] yine başka bir kararda *"mağdurun kanuni temsilcileri olan annesi Z... ile babası A... O...'ın 20.05.2004 tarihinde alınan ifadelerinde, suça sürüklenen çocuktan şikâyetçi olduklarını beyan etmeleri, her ne kadar baba A... O... 24.01.2006 tarihli celsede şikâyetinden vazgeçmiş ise de, 4721 sayılı TMK'nın 336/1. maddesine göre, ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanacaklarının belirtilmesi ve mağdurun annesi Z...'nin şikâyetinden vazgeçtiğine dair bir beyanının bulunmaması karşısında; babanın tek başına mağdur adına şikâyetten vaz-*

---

88 İtalya Ceza Kanunu'nun şikâyet hakkı başlıklı 120. maddesinde açıkça 14 yaşından küçükler ile akıl hastaları yerine bu hakkı ebeveyn veya vasinin kullanılacağı hüküm altına alınmıştır, bilgi için bkz. Güngör, 48.

89 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.122. Aynı yönde "Kayden 25.06.1997 doğumlu olup suç tarihinde on beş yaşını tamamlamayan mağdureye karşı olay günü cinsel tacizde bulunan sanık hakkında yürütülen soruşturma evresinde mağdurenin velayet hakkına sahip anne babasının müşteki sıfatıyla alınan ifadelerinde sanıktan şikâyetçi olduklarını beyan etmelerinin ardından sanık hakkında açılan kamu davasında ifade veren mağdure ile baba müşteki Y'nin şikâyetlerinden vazgeçtiklerinden bahisle sanık hakkındaki davanın düşürülmesine karar verilmiş ise de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 335/1. maddesine göre ergin olmayan çocukların anne ve babanın velâyetleri altında bulunduğu ve 336/1. maddesinde ise çocuklar üzerindeki velâyet hakkının anne ve baba tarafından müştereken kullanılacağının belirtilmesi karşısında, mahkemece müşteki anne S'nin duruşmaya temini ile şikâyet hususunda beyanının alınmasından sonra hüküm kurulması gerekirken ifadesine başvurulmaksızın şikâyetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi, Kanuna aykırı.." 14.CD. 2015/6907 E., 2015/11745 K., 15.12.2015, www.kararama.yargitay.gov.tr.

geçmesinin geçerli olmadığı" vurgulanmıştır.[90] Bu kararlarda da belirtiği gibi şikâyette bulunma veya şikâyetten vazgeçme anlamında anne ve babanın ortak iradesinin aranması gerekir, boşanma neticesinde velayeti bir taraf tek başına kullanmıyorsa, tek başına birisinin irade açıklaması yeterli görülemez.[91]

2. Vekil

Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil etme yetkisine sahip avukat olarak vekil, mağdur yerine şikâyet hakkını temsilen kullanabilir. Kural olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bizzat hak sahibince kullanılabilse de hakkı koruyan dava hakkının veya konumuz bakımından şikâyet hakkının vekil aracılığıyla kullanılması mümkündür.[92]

Mağdurun, bir hukukçu olan vekilden şikâyet konusunda hukuki yardım alması önemlidir. Zira işlendiği iddia olunan suç nedeniyle uğradığı mağduriyetin giderilmesi için başvurabileceği şikâyet, uzlaştırma, sulh, tazminat davası açma gibi hukuki yollar birbiriyle bağlantıdır. Örneğin uzlaştırmanın sağlanması halinde başka bir irade açıklamasına gerek kalmaksızın tazminat davası açma hakkından feragat etmiş olur veya açılmış olan dava düşer. Şikâyetten vazgeçmede ise vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz (TCK m.73/7). Bu işlemler sırasında mağdurun hak kaybına uğramaması için vekilin varlığı ve yardımı önemlidir.

Ceza muhakemesinde vekillik, müdafilikte olduğu gibi *zorunlu ve ihtiyari vekillik* olarak ikiye ayrılarak incelenir. İhtiyari vekillikte mağdur bir avukata temsil yetkisi verebilir ya da CMK m.234/1 gereğince mağdur ve şikâyetçi, vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahiptir. Zorunlu vekillikte ise mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır

90 14.CD., 2013/7907 E., 2015/7253 K., 16.06.2015, www.karararama.yargitay.gov.tr.

91 Uzlaştırma teklifi için de aynı durum geçerli olması gerekirken uygulamada velilerden birisine teklifte bulunulması yeterli görülmektedir, ayrıca bkz. Sertaç Işıka, "Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler", *TBBD,* 2020/151, s.70.

92 Kurt, s.128.

veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Vekilin hangi işlemleri yapabileceği, hangilerinde mağdurun veya kanuni temsilcisinin iradesiyle bağlı olduğu konusu aşağıda incelenecek olmakla birlikte, Yargıtay kanun yollarına başvuru ile ilgili *"Müdafiin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır."* şeklindeki CMK m.266 (2) düzenlemesine atıfla *"şikâyetten vazgeçme konusunda vekâletnamede açık hüküm bulunmayan hallerde vekiller şikâyetten vazgeçemezler"* içtihadını geliştirmiştir.[93]

IV. Şikâyete Yetkili Kişilerin İradelerinin Çelişmesi Sorunu

1. Çocuk veya Kısıtlı ile Kanuni Temsilcisinin İradelerinin Çelişmesi

Katılma, mağdur ve şikâyetçilere avukat görevlendirilmesi ile ilgili açıklamalardan sonra; on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl kişiler söz konusu olduğunda mağdur, mağdurun kanuni temsilcisi ve mağdur için görevlendirilen vekilin beyanları arasında çelişki olması durumunda hangisinin beyanına üstünlük tanınacağı hususları üzerinde durulmalıdır.

Çalışmanın da temel yazılış amacı olan şikâyete ilişkin iradelerin çelişmesi sorununun çözümünde kolaydan zora doğru ilerlemek gerekirse, bu üçlü ilişkide (mağdur-kanuni temsilci-vekil) kolay olan, aslında mağdur ile kanuni temsilcisi arasındaki irade çelişmesi halinin çözümüdür.

Bu hususta ortaya atılmış üç teoriden söz edilir: *Hukuki teoriye* göre kanuni temsilci bu hakkı küçüğün hakkından bağımsız şekilde kullanabilir. *Temsil teorisine* göre, kanuni temsilci küçüğe ait olan hakkı onun temsilcisi olarak kullanır ve bu hakkı kullanırken bağımsız değildir. *Karma teoriye* göre ise kanuni temsilci küçüğün hakkını onun temsilcisi olarak kullanır, ancak çocuk on sekiz yaşını tamamladıktan sonra bu hak kanuni temsil bakımından bağımsız bir hakka dönüşür.[94]

---

93 10.CD, 2007/11629 E., 2007/11036 K., 02.10.2007, www.karararama.yargitay.gov.tr.
94 Önder, s.411.

TMK m.16 yorumlandığında hakkın asıl sahibinin çocuk veya kısıtlı olduğu, belli durumlarda kanuni temsilcinin rızasının arandığı, şikâyet gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında bu rızanın gerekli olmadığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi de Yargıtay kararlarına atıfla temsil teorisinin kabulü gerektiğine vurgu yapmıştır. "*Reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, 5237 sayılı Kanun'da "kişilere karşı suçlar"ı hüküm altına alan ikinci kısmın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmektedir. Suçun basit hâlinin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir. Şikâyet hakkı ise kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup korunan hukuki değerin sahibi olan çocuğa aittir. Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçükler, mağduru oldukları suç yönünden doğrudan doğruya şikâyet hakkına sahiptirler. Çocuğun kanuni temsilcisi olmaları nedeniyle ebeveynlerinin de şikâyet hakkı bulunmaktadır. Ancak ebeveynin şikâyet hakkı suçun mağduru çocuğun şikâyet hakkından* ***bağımsız bir hak değildir.*** *Ebeveyn ile çocuğun iradelerinin çatışması durumunda çocuğun iradesine üstünlük tanınmaktadır (Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. §§ 25-28).*[95]"

Kanımızca da şikâyet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan çocuk veya kısıtlı ayırt etme gücü varsa hem kendisi bu hakkı kullanabilir hem de kanuni temsilcisi onun yerine şikâyetçi olabilir, ayırt etme gücü yoksa sadece kanuni temsilcisi kullanır. Yani çocuğun ayırt etme gücünün varlığı, kanuni temsilcinin şikâyet etme yetkisini ortadan kaldırmaz.[96] Bununla birlikte hak esasen çocuğa veya kısıtlıya **bağlı bir hak** olduğundan, kanuni temsilci ile iradelerinin çelişmesi halinde *ayırt etme gücüne sahip* küçük veya kısıtlının iradesine üstünlük tanımak gerekir.[97]

Konu hem şikâyetin ilk yapıldığı aşamada hem de şikâyetten vazgeçme ve kamu davasına katılma aşamalarında önem arz eder.[98] Yu-

---

95 Anayasa Mahkemesi Hacı Polat Başvurusu, 08.03.2018, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15959

96 Kanuni temsilcisi bulunanlar bakımından bu hakkı kanuni temsilcileri de kullanabilir bkz. Karakehya, s.178.

97 Schwarz/Sengbuch, s.680. Uzlaştırmada ise tam tersi kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmaktadır bkz. Işıka, s.71. CMK m.253/4'de yer alan "Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır" şeklindeki düzenleme bunun yasal dayanağı olarak yorumlanabilir. Uzlaştırma sürecinde çocuğun ve kanuni temsilcinin mali menfaatlerini ilgilendiren kararların da alınabiliyor olması bu farklılığın nedeni olarak yorumlanabilir.

98 TCK m.73/4 "Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi ya-

karıdaki çıkarım, benzer mahiyette olduklarından hem şikâyet etme ve şikâyetten vazgeçme aşamalarında hem de kamu davasına katılma aşamasında geçerlidir.

Burada **reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit hali** (TCK m.104/1) için bir parantez açmak gerekirse, suçun kendi içinde bir çelişki barındırdığı söylenebilir. Zira bu suçta şikâyet hakkı *esas itibariyle* kanuni temsilcisine değil, on beş yaşından büyük çocuğa aittir.[99] Yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi Yargıtay da bu görüştedir: *"Kayden 20.12.1998 doğumlu olup kovuşturma evresinde istinabe yoluyla ifadesinin alındığı 13.10.2014 tarihli mahkeme ifadesinde on altı yaşı içerisinde bulunan mağdurenin, sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, velayet hakkına sahip anne müşteki Ayşe ile baba müşteki İsa›nın davaya katılma ve hükümleri temyize hakları bulunmadığı..".* Yukarıda da belirtildiği üzere şikâyet yetkisini ayırt etme gücüne sahip çocuk da kanuni temsilciler de kullanabilir. Ancak irade farklılığının varlığı halinde çocuğun iradesine üstünlük tanınmalıdır. Eğer hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranış söz konusu ise bu suç değil *çocuğun cinsel istismarı suçu* oluşur. Bu durumda rızaya ehil olduğu kabul edilen çocuğun rızası, hem suçu tipe uygun hale getirmekte hem de sonrasında aynı kişinin şikâyeti ile fail hakkında soruşturma açılmaktadır. Yargıtay *"Sanıkla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi, 17 yaşındaki mağdurenin şikâyet hakkını ortadan kaldırmaz*[100] görüşündeyken ve doktrinde baskın görüş de bunu bir çelişki olarak görmemektedir.[101]

---

zılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz".

99 Tezcan/Erdem/Önok, s.485; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020, s.386; Nurullah Kantarcı, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2016, s.221."Kanaatimizce burada şikâyet hakkı çocuktadır. Bu konuda şikâyet hakkını ebeveynin kullanması durumunda da şikâyetin geçerli olarak kabul edilmesi gerekecektir". bkz. Pınar Memiş Kartal, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *AÜHFD*, 65 (4), 2016, s.2096.

100 14.CD., 2012/9853 E., 2014/7117 K. 28.5.2014, bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.228, dpn.56.

101 Sadece Ünver, bu şekilde bir kabulün suçun ölü doğmasına neden olacağını, hakkını kötüye kullanılmasını meşrulaştıracağını belirtir bkz. Yener Ünver, Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Ankara 2014, s.49vd. Köksal da bu durumu bir çelişki olarak görürken, sorunun çözümü için fiilin suç olmaktan çıkarılması bu mümkün değilse şikâyet hakkının çocuğa tanınmaması gerektiği görüşündedir bkz. Köksal Atacan, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", Prof. Dr.

Anayasa Mahkemesi de düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını kabul etmiştir.[102] Ancak Anayasa Mahkemesi sadece Anayasa uygunluk değerlendirmesi yapmak durumunda olduğundan şikâyet hakkının kötüye kullanılmış olma ihtimalini değerlendirmemiştir. Kanuni temsilcinin şikâyeti ile soruşturma yapılabiliyor olması, bu durumu değiştirmez zira asıl olan ayırt etme gücüne sahip çocuğun iradesidir. Çocuğun sonradan şikâyetçi olması ihtimalinde de hakkın kötüye kullanılmış olacağı kanaatindeyiz. Bu noktada suçun şikâyete bağlı olmaktan çıkarılmasının uygun olmayacağı kanaatinde olduğumuzdan, olması gerekenin bu suçun basit halinin suç olmaktan çıkarılmasının olduğu söylenebilir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması haline ilişkin düzenlemede ise Kanun m.103/1'de şikâyete yetkili kişileri şu şekilde düzenlemiştir: *"Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması* ***mağdurun, velisinin veya vasisinin*** *şikâyetine bağlıdır."* Bu düzenlemeden şikâyet hakkını sayılan kişilerin tamamının birbirlerinden bağımsız şekilde kullanabileceği gibi bir anlam çıkarmamak gerekir. Zira yukarıda da vurgulandığı üzere eğer mağdur çocuğun ayırt etme gücü var ise kendisi, yoksa ise velisi veya vasisinin kullanması mümkün olur.[103] Yine de bu hususta bir duraksamaya neden olabilecek düzenlemenin, Kanunun geneline uygun şekilde sadece suçun bu şeklinin şikâyete bağlı olduğunun belirtilmesi ile yetinecek şekilde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

Şikâyete ehil olma bakımından esas alınması gereken yaş ve ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu, TCK m.31'den farklı olarak hukuki işlemin yapılacağı tarihteki durum esas alınarak belirlenir. Nitekim çocuğun reşit olması, ayırt etme gücüne sahip olması bakımın-

---

Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara 2015, s.719.

102 Mahkemeye göre "hiç kuşkusuz her kuralda olduğu gibi itiraz konusu kuralın da uygulanması ile ilgili bazı uygulama sorunları çıkabilir. Kanun yapma tekniğinin doğası gereği kanun kuralları genel ve soyut nitelikte olup kanun koyucu tarafından somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümlerin önceden kuralda sayılarak gösterilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda mevcut uyuşmazlıklara ilişkin sorunların her somut olayın özellikleri dikkate alınarak kuralın amacına uygun şekilde yorumlanması suretiyle mahkeme içtihatlarıyla çözülmesi gerekmektedir" Anayasa Mahkemesi 2020/82 E. – 2021/20 K., 18.3.2021, R.G.: 11/6/2021-31508.

103 Benzer yönde bkz. Özgenç, s.642.

dan şikâyet tarihindeki durumu ile şikâyetten vazgeçme aşamasındaki durumu arasında farklılık söz konusu olabilir. Çocuk yerine kanuni temsilcisi şikâyetçi olmuş devamında yargılama sırasında çocuk ayırt etme gücünü kazanmış veya reşit olmuş ve şikâyetten vazgeçme hakkını şahsen kullanmak istemiş olabilir.[104] Onun iradesine üstünlük tanımak gerekir.[105] Böyle bir durumda şikâyete ilişkin irade açıklamasında bulunan ile şikâyetten vazgeçme iradesini açıklayan kişiler farklı kişiler olabilir.

Menfaat çatışması halinde ise Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, *"mağdurun kanuni temsilcisinin, mağdura karşı işlenen suçun sanıklarından birisi olması veya sanıkla arasında akrabalık ilişkisi bulunması gibi kanuni temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması durumlarında ise Medeni Kanun'un 426/2. maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve* ***kayyım atanması*** *sağlanmak suretiyle, kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı sorunu çözümlenmelidir"*.[106]

2. Vekilin İradesinin Mağdur veya Kanuni Temsilcisinin İradesi ile Çelişmesi

Mevzuatta açık düzenleme olmaması nedeniyle yine içtihatlar ile çözümlenmeye çalışılan bu hususta, YCGK'nın 2008 ve 2009 tarihli *"vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiğini"* söyleyen kararları ile *"kanuni temsilcinin iradesine vekilin iradesine göre üstünlük tanınması gerektiği"* yönündeki nispeten yeni tarihli kararlarını incelemek gerekir. Kararlar kamu davasına katılma ile ilgili olsa da yukarıda da izah edildiği üzere aynı yönde bir işlem olan şikâyet hakkında da emsal alınabilir. Nitekim bu kararların tamamında, önce şikâyete ilişkin olarak yukarıda bahsi geçen tespitler yapıldıktan sonra, kamu davasına katılamaya ilişkin sorun hakkında karar açıklanmıştır.

Öncelikle *eski tarihli içtihatlar* hakkında bilgi vermek gerekirse: katılma konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk veya kısıtlının kanuni temsilcisinin iradesi ile mağdura CMK'nın 234/2. maddesi

---

104 Albayrak, s.287.

105 "Mağdure K.A. 01.06.1987 doğumlu olup hüküm verilen celsede 18 yaşını doldurduğu ve şikâyetten vazgeçme hakkını kendisi kullanması gerektiği halde babası olan A.A.'nın vazgeçmesi nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi yerinde değildir". 2.CD., 6344-12921, 4.7.2006 bkz. Albayrak, s.287, dpn.9.

106 YCGK, 2018/80 E., 2020/416 K., 13.10.2020, www.kararарama.yargitay.gov.tr.

uyarınca görevlendirilen vekilinin iradesi çeliştiği takdirde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hakkında, Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 tarihli ve 56-156 sayılı kararında suç tarihinde on dört yaşını, 27.01.2009 tarihli ve 145-8 sayılı kararında ise suç tarihinde on yaşını tamamlamayan küçüğün cinsel istismar suçu bakımından davaya katılma noktasında ayırt etme gücünün bulunmadığı ve çocuk ile görevlendirilen vekilin iradesinin uyuşmaması hâlinde CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca kendisi için görevlendirilen **vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiği** sonucuna ulaşılmıştır. Bu iki kararda da dikkat çeken husus, irade açıklamasını yaptığında on beş yaşından küçük olan çocuk ile vekil arasındaki irade farklılığının söz konusu olmasıdır. Bu kararda eksik olan husus, on beş yaşından küçük çocuk yerine kanuni temsilcisinin beyanı alınarak, onun iradesi üzerinden bir değerlendirme yapılmasının gerekliliğinin belirtilmemiş olmasıdır.

Kanun yollarına başvurma iradesi ile ilgili *yeni içtihat* için ise 2020 tarihli güncel bir karardan[107] alıntı yapmak gerekirse:

*"Ergin olmayan küçükler anne ve babasının velayeti altında bulunmakta, hâkim tarafından vasi atanması gerekli görülmedikçe kısıtlanan ergin çocuklar da anne ve babasının velayeti altında kalmaktadır. Anne ve baba, Medeni Kanun hükümlerine göre çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumakla yükümlü olup, çocuğun aynı zamanda temsilcisidir. Üçüncü kişilere karşı çocuğu velayet hakkı çerçevesinde anne baba temsil etmektedir. Anne-babanın kişilik haklarının bir parçası olan velâyet hakkı, başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Kanuni bir neden olmadıkça kaldırılamayan ve kısıtlanamayan velâyet hakkı, sadece anne ve babaya, çocuk evlat edinilmiş ise evlat edinene tanınmıştır. Ancak bu hak da mutlak ve sınırsız olmayıp, sınırını **"çocuğun yararı" ilkesi** oluşturmaktadır.*

Mağdura barodan görevlendirilen vekil, küçük ve malul ile onun kanuni temsilcisine ceza muhakemesinde yardımcı olacak kişidir. Başka bir anlatımla, bu hukuki yardım görevi, kanuni temsilcinin kanundan kaynaklanan yetkilerini bertaraf etmemektedir. Kanuni temsilcinin küçük veya malule kendi vekil görevlendirdiği takdirde CMK'nın 234/2 ve 239/2. maddelerine göre barodan avukat görevlendirilmesi söz konusu olmayacağı gibi, kanuni temsilcinin kü-

[107] YCGK, 2018/80 E., 2020/416 K., 13.10.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr.

çük veya malule sonradan vekil görevlendirmesi hâlinde de mahkemenin talebi ile baro tarafından belirlenen vekilin görevi sona erecektir. Şüpheli ve sanıklar bakımından müdafiinin, ayrıca bir karara ihtiyaç kalmaksızın kanun yoluna müracaat edebilmesi mümkündür. Buna karşın mağdur vekilinin mağdur adına kanun yoluna müracaat edebilmesi ancak mağdurun katılan sıfatı almasına bağlıdır. Bunun yanında kanun, mağdur vekiline doğrudan küçük adına davaya katılma talep etme yetkisi vermemektedir. CMK'nın 261. maddesinde avukatın, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla kanun yollarına başvurabileceği belirtilmektedir. Maddede belirtilen avukat tabirine baro tarafından mağdurlara görevlendirilen avukatlar da dâhildir. Bu düzenlemede kanun yollarına başvurusu yetkisi açısından ele alındığı üzere, ***kanuni temsilci asil gibi olup, vekilin yetkileri asilden fazla olamayacaktır.*** *Bu nedenlerle, katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur küçük veya malulün kanuni temsilcisi ile CMK'nın 234/2. maddesi ile görevlendirilen* ***vekilin iradelerinin çelişmesi hâlinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır."***[108]

Yine kamu davasına katılma iradesi ile ilgili, yeni tarihli Daire kararında da on beş yaşını doldurmuş olan küçüğün iradesine üstünlük tanınması gerektiği dolaylı da olsa vurgulanmıştır.[109]

Eski ve yeni kararlar karşılaştırıldığında sanki Yargıtay'ın içtihadını değiştirdiği gibi bir izlenim ortaya çıksa da 2008 ve 2009 tarihli kararlarda vekil ile iradesi karşılaştırılan kişi henüz on beş yaşını doldurmamış, ayırt etme gücünün varlığı ile ilgili bir inceleme yapılmamış küçüktür. Yeni tarihli içtihatlarda ise karşılaştırma vekil ile küçüğün

---

108 Aynı yönde bkz. "Şikâyet ve şikâyetten vazgeçme haklarının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, 15 yaşından küçük mağdurun kanuni temsilcisi aracılığıyla bu hakları kullanabileceği, 15 yaşından küçük mağdur ...'in velisi olan ...'in 27.01.2016 tarihli celsede suça sürüklenen çocuktan şikâyetçi olmadığını ve davaya katılma talebinin olmadığını beyan etmesi karşısında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.05.2014 tarihli ve 2013/287 Esas, 2014/273 Karar sayılı kararında da belirtildiği şekilde, mağdura atanan zorunlu vekil ile 15 yaşından küçük mağdurun kanuni temsilcisinin iradelerinin çelişmesi halinde mağdurun kanuni temsilcisinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğinden, mağdur vekilinin temyize hak ve yetkisi bulunmaması nedeniyle.." 3.CD., 2020/8473 E., 2020/10743 K., 15.09.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr.

109 "Ancak 15 yaşından büyük olan müştekinin davaya katılma hakkını bizzat kendisinin kullanması gerektiği için, duruşmalardan haberdar edilmesine karşın katılma talebinde bulunmamış ise, zorunlu vekilinin katılma talebine istinaden katılma kararı verilmesi mümkün değildir". 3.CD. 2019/14055 E., 2020/17 K., 06.01.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr.

kanuni temsilcisi arasında yapılmaktadır. Dolayısıyla burada bir içtihat değişikliğinden söz edilemez.

Yargıtay burada kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğini içtihat ederken başka önemli bir kararında vekilden alınacak hukuki yardımın önemine de vurgu yapmaktadır. Buna göre: *"Sanık hakkında mağdure N. Ç.'a yönelik taksirle yaralama suçundan açılan kamu davasında, 2 yaşında olan mağdureye CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca vekil tayin edilmeden önce mağdurenin kanuni temsilcisi E. Ç. tarafından şikâyetten vazgeçilmiş ise de, kanun gereği mağdurenin kanuni temsilcisine hukuki yardımda bulunma görevi olan vekil ile E. Ç..'ın birbirinden haberdar olmadıkları ve bu kapsamda* ***vekilin mağdurun kanuni temsilcisine hukuki yardımda bulunmadan önceki aşamada yapılan ve mağdure aleyhine sonuç doğurduğunda şüphe bulunmayan irade açıklamasına itibar edilmesi mümkün değildir****"*.[110] Bu karara katılmaktayız zira yukarıda da vurgulandığı üzere uygulamada kişiler şahsi haklarla bağlantılı şikâyetten vazgeçme konusunda tam olarak bilgi sahibi olmadan, hatalı kararlar verebilmektedirler.

Ayırt etme gücüne (burada şikâyetin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine) sahip olmayan çocuklar bakımından, kanuni temsilcinin iradesine vekilin iradesine göre üstünlük tanınması gerektiğine dair içtihada katılmakla birlikte, burada bir hukukçu olarak vekile düşen önemli bir görevden de söz etmek gerekir. Somut olayda kanuni temsilcinin yetkisini kötüye kullandığı yönünde bir şüphe açığa çıktığında bunu fark eden vekilin, küçük ve kısıtlının haklarını korumak adına kayyım atanması için gerekli hukuki yollara başvurması gerekir (TMK m.426).

SONUÇ

Konunun mevzuatta açıkça düzenlenmemesi uygulamanın içtihatlar ve öğreti görüşleri doğrultusunda şekillenmesine zemin hazırlamıştır. Çalışmada da öncelikle şikâyete yetkili kişilerin kimler olduğu, özellikle kanuni temsilcinin çocuk ve kısıtlı yerine bu hakkı kullanıp kullanamayacağı sorunu üzerine yoğunlaşılmıştır. Burada Anayasa Mahkemesi YCGK kararlarında da öğretide de kabul gören görüş,

---

110 YCGK, 2013/71 E., 2014/206 K., 22.04.2014, www.karararama.yargitay.gov.tr.

bunun bir şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olduğu, TMK m.16/2 gereğince ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların bu hakkı bizzat kullanabilecekleri, ayırt etme gücüne sahip olmayanların ise kanuni temsilcileri vasıtasıyla kullanabilecekleri yönündedir. Bu kabulden hareketle kanuni temsilcinin bu yetkisinin küçük veya kısıtlının şahsi hakkından *bağımsız olmayacağı* önem taşır. Bu durum çocuk veya kısıtlı ayırt etme gücüne sahipse kanuni temsilcinin bu hakkı kullanamayacağı anlamına gelmez. Ancak iradeleri çelişirse ayırt etme gücüne sahip asıl hak sahibi çocuk veya kısıtlının iradesine üstünlük tanınmalıdır. Bu aşamada ayırt etme gücüne sahip çocuk veya kısıtlı veya kanuni temsilci, vekil aracılığıyla da bu yetkisini kullanabilir.

Sorunun bu yönünde asıl tartışılması gereken nokta, şikâyet, şikâyetten vazgeçme ve kamu davasına katılmada küçüğün iradesine anlam kazandırabilmek için belirli bir yaş sınırının esas alınıp alınamayacağıdır. YCGK ve devamında onun kararlarına atıf yapan ceza daireleri, suç sınırlaması yapmaksızın, küçüğün ***on beş yaşını*** tamamlamış olması halinde şikâyet ve kamu davasına katılmaya ilişkin iradesine hukuken değer atfedilebileceğini, on beş yaşını doldurmamışsa kanuni temsilcisinin tercihinin önemli olduğunu kabul etmektedir. Aslında kişiler hukukunda ayırt etme gücü bakımından herhangi bir yaş sınırı söz konusu değildir, kişi ve fiil özelinde ayrıca incelenmesi gerekir. YCGK bu şekilde bir karar alırken iki yaş düzenlemesine atıf yapmaktadır; birincisi ceza ehliyetine ilişkin TCK m.31'in, ikincisi cinsel suç mağdurlarının rıza ehliyetine ilişkin TCK m.103'ün yaş tercihi. Ceza ehliyeti ile şikâyet kurumu arasında kıyasa elverişlilik anlamında bir benzerlik olmaması nedeniyle burada atıf yapılması yersizdir. Ancak rıza açıklanması ile şikâyet hakkının kullanılması arasındaki benzerlik kıyasa uygundur. Buradaki tek itirazımız, bunun cinsel suçlar *dışındaki* suçlar bakımından da uygulanabilir bir içtihada evrilmesinedir. Cinsel suç bakımından şikâyete ehil olma için gerekli olan ayırt etme gücünün diğer suçlar bakımından söz konusu olduğu, otomatik bir kabulle söylenemez, kişinin fiil özelinde ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekir. YCGK'nın kabulü ancak kanunda bu yönde bir değişiklik yapılırsa geçerli olabilir.

Konunun ikinci ve asıl önemli boyutu, şikâyet hakkının kullanılması veya şikâyetten vazgeçilmesine yönelik çocuk, kısıtlı, kanuni temsilci ve vekillerinin iradelerinin çelişmesi halinde hangi iradeye üs-

tünlük tanınması gerektiği ile ilgilidir. Burada Yargıtay'ın 2014 sonrası yerleşen içtihadı, *"katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur küçük veya malulün kanuni temsilcisi ile CMK'nın 234/2. maddesi ile görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi hâlinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır"* şeklindedir. Bu içtihat yerinde olmakla birlikte atlanmaması gereken bir husus, kanuni temsilci veya ayırt etme gücüne sahip çocuk veya kısıtlı bu konuda bir karar verirken zorunlu vekillik hallerinde vekile danışması ve ondan hukuki yardım almasının sağlanmasıdır. Bu gerçekleşmediği sürece açıklanan iradeye hukuki değer atfı mümkün olmamalıdır. Ayrıca vekil, kanuni temsilcinin hakkını kötüye kullandığı kanaatinde ise çocuk veya kısıtlıya TMK m.426 çerçevesinde[111] kayyım atanması için girişimde bulunmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

Akipek Jale G./Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2017.

Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2020.

Dallmeyer Jens, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 51. Edition

Centel Nur/Zafer Hamide/Yenerer Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020.

Doğan Koray, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, in dubio pro reo, Ankara 2018.

Ekici Şahin Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.

Erdoğan İhsan/Keskin A. Dilşat, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2019.

Gedik Doğan, Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi, (In Dubio Pro Reo), Ankara 2016.

Güngör Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

Helvacı Serap, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İ.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993.

Kantarcı Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2016.

Karakaş Fatma Tülay, Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.

Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Eskişehir 2022.

---

111 Buna göre, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamınca kayyım atanabilir.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1989.

Mitsch Wolfgang, Münchener Kommentar zum StGB 4. Auflage 2020.

Nikolaus Bosch, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage 2019.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.641.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2020.

Öztürk Bahri vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.

Roxin Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 28. Auflage des von Eduard Kern begründeten Werkes, Sinzheim 2014.

Schmidt Eberhard, Lehrkommentar zur Strafproze*βordnung* und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1964.

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2015.

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2020.

Toroslu Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.

Zevkliler Aydın, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981.

Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020.

Makaleler

Albayrak Mustafa, Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, *TBB Dergisi,* Sayı 77, 2008.

Barnstorf Susanne, Unwirksamkeit des Strafantrags, *NStZ* 1985.

Kurt Ekrem, Türk Hukukunda Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları, *İKÜHFD,* 15 (2) 2016:1.

Erkan Vehbi Umut/Yücer İpek, Ayırt Etme Gücü, *AÜHFD,* 60 (3) 2011.

Gülşen Recep, Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234), *İÜHFM* C. LXXI, S.1, 2013.

Işıka Sertaç, "Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler", *TBBD,* 2020/151.

Katoğlu Tuğrul, Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, *AÜHFD,* 61 (2) 2012.

Köksal Atacan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Prof.Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara 2015.

Memiş Kartal Pınar, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *AÜHFD,* 65 (4), 2016.

Öntan Yaprak, "Şikâyete İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *AÜHFD,* 69 (4), 2020.

Özbek Veli Özer/Meraklı Serkan, Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: 19, Sayı: 1, 2017

Seçkin Mehmet Beyhan, Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020.

Şahin Cihan, "Küçüklerin Şikâyet ve Şikâyetten Vazgeçme Hakkı", *TAAD,* Yıl: 5, Sayı: 16 (Ocak 2014).

Şare Ersin, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası, *DEÜHFD,* Cilt: 21, Sayı: 2, 2019.

Torsten Schwarz, Rene Sengbusch: Zur Wirksamkeit von Strafanträgen minderjähriger, Verletzter, *NStZ* 2006.

Ünver Yener, Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, *II.* Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Ankara 2014.

Yılmaz Ejder, Usul Ekonomisi, *AÜHFD,* 2008, C.57, S.1

İnternet Kaynakları

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr

https://calismatoplum.org

https://kararara.com

https://karararama.yargitay.gov.tr

https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

https://kazanci.com.tr

SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN ORGANİZASYON SORUMLULUĞU

ORGANIZATIONAL RESPONSIBILITY OF ADMINISTRATION IN HEALTH SERVICES

Hasan CAN*

Özet: Gelişen teknoloji ve ulaşım olanaklarıyla birlikte, uluslararası sağlık turizmi ve tele-tıp uygulamaları yaygınlaşmış olup, sağlık hizmetleri ulusal boyuttan ve fiziki sağlık tesislerinden sıyrılarak daha geniş bir boyuta ulaşmıştır. Sağlık hizmetlerinin kuruluşu, düzenlenmesi ve işletilmesindeki aksaklıklar ile idarenin denetim yükümlülüğündeki ihlallerden kaynaklanan zararlar, idarenin organizasyon sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir. Literatür taramasında organizasyon kusuru kavramının yerine "sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklıklar" tabirinin de kullanıldığı tespit edilmiştir. Bunun yanında, farklı kaynaklarda organizasyon kusurunun hizmet kusuru içerisinde değerlendirildiği de görülmektedir. Diğer yandan, organizasyon kusurunu salt bir sorumluluk türü olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Ayrıca yargı kararlarında idarenin teşhis ve tedavi hizmetleri dışındaki yan yükümlülüklerden de bahsedilmekte olup, ilgili yükümlülüklerin kapsamı belirtilmemektedir. Çalışmamızda Danıştay uygulaması doğrultusunda organizasyon kusurunun hizmet kusurundan ayrı bir nitelik taşıdığının ortaya koyulması ve yargı kararlarında bahsi geçen yan yükümlülükleri oluşturan organizasyon sorunluluğunun kapsamının belirlenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Organizasyon Kusuru, İdarenin Sorumluluğu, Sağlık Hizmetlerinin Kuruluş ve İşleyişindeki Aksaklıklar

Abstract: With the developing technology and transportation opportunities, international health tourism and telemedicine applications have become widespread, and health services have reached a wider dimension by eliminating the national extent and physical health facilities. Failures in the establishment, regulation, and operation of health services and damages arising from violations of the administration's inspection obligation are considered within the scope of administration's organizational responsibility. The literature review has determined that the term "defects in the establishment and functioning of health services" is also used instead of the concept of the organizational defect. In addition, it is seen that organizational defect is evaluated within service defect in different

* Öğretim Gör., Bartın Üniversitesi Bartın Meslek Yüksekokulu Doktora Öğrencisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalı, hcan@bartin.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0878-8181, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.02.2022, Kabul Tarihi: 02.06.2022

sources. On the other hand, some opinions accept organizational fault merely as a type of responsibility. In addition, in judicial decisions, side obligations of the administration other than diagnosis and treatment services are also mentioned, and the scope of the relevant obligations is not specified. Our study aims to reveal that the organizational defect has a different quality from the service defect in line with the Council of State practice and to determine the scope of the organizational liability that constitutes the side obligations mentioned in the judicial decisions.

Keywords: Organization Defect, the Responsibility of The Administration, Disruptions in the Establishment and Functioning of Health Services

Giriş

Sağlık hizmeti[1] devlet tarafından sunulması gereken en temel kamu hizmetlerinden birisidir.[2] Bu hizmet idare tarafından sunulan en eski hizmetlerden birisi olup, idarenin kendi personel ve imkânlarıyla sunulmasının yanında idarenin gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişilerince icra edilmesi de mümkündür.[3]

Sağlık personellerinin özen yükümlülüğü ihlalleri genel olarak hizmet kusuru, aydınlatma kusuru, üstlenme kusuru ve organizasyon kusuru alanlarında meydana gelmektedir. Sayılan kusur hallerinin bütününü kapsayacak nitelikte uygulama hatası veya malpraktis kavramları kullanılabilmektedir.[4]

Tıbbi uygulama hatalarının (malpraktis) en belirgin özelliklerinden birisi çoğu zararın bireysel kusurdan değil, ekip veya sağlık kurumunu da kapsayacak nitelikte hatalar silsilesinden kaynaklanabilme-

---

1 Anayasa Mahkemesi'ne göre sağlık hizmetleri niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklılık arz etmektedir: "Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir". Anayasa Mahkemesi, E. 2004/114, K. 2007/85, T. 22.11.2007, www.anayasa.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

2 Seda Uçar Akbulut ve Emre Akbulut, "BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2012, C. 15, S. 1, s. 261.

3 Mustafa Yılmaz, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 1. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 135.

4 Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 20. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 923; 941.

sidir. Bu bakımdan tıbbi uygulamaların sadece hekim açısından değil, bunun yanında sağlık kuruluşunun tesis yapısı, sağlık personelinin niteliği ve kullanılan tıbbi araç ve gereçler bakımından bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.[5]

Öğretide idarenin hizmet kusuru, Sarıca[6] tarafından aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır:

"İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunana vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik ve sakatlık arz etmesidir".[7]

İlgili tanım da göz önüne alındığında, öğretide bazı yazarlarca hizmet kusuru kavramının, organizasyon kusurunu da kapsayacak bir nitelikte kullanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan hizmet kusuru-organizasyon kusuru ayrımının yapılması uygulama açısından önem taşımaktadır.

1. Sınırlılıklar

1.1. Sağlık Hizmetlerinin Kapsamı

Devlet kurumunun ana varlık nedenini oluşturan ve ilk devlet oluşumlarından buyana icra edilen kamu hizmetleri idari kamu hizmeti olarak nitelendirilmekte olup, sağlık hizmetleri de konusu bakımından bu kapsamda değerlendirilmektedir.[8]

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu kapsamında sağlık hizmetlerinin koruyucu, teşhis ve tedavi edici ve rehabilite edici olmak üzere üç te-

---

5 Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Haraları, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 13-16.

6 Ragıp Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1943, C. 15, S. 4, s. 858-895.

7 Yasemin Kılıç Öztürk, "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", *Ankara Medical Journal*, 2015, C. 15, S. 4, s. 240.

8 Muhammet Tokalı, "Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli, 2016, s. 20.

mel yapıda tasnif edildiği görülmektedir. İlgili tasnif kapsamında devletin sağlık hizmetleri sunumu konusunda yükümlülüğünün henüz hastalık ve/veya maluliyetler ortaya çıkmadan önce başladığı görülmektedir. Diğer yandan sağlık hizmetlerinin sunumundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çoğunluğu teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri alanında ortaya çıkmaktadır.[9]

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'ndaki ilgili tasnif ve Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesindeki *"herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamak"* hükmü birlikte değerlendirildiğinde sağlık hizmetlerinin kapsamının oldukça geniş tutulduğu görülmektedir.

Tokalı'ya göre sağlık hizmetlerinin kapsamı, oldukça geniş bir nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda, idarenin klasik sağlık hizmetlerinin ötesinde çevre, su, gıda, gürültü vb. nedenli bireylerin bedeni, zihni ve ruhsal sağlığına zarar gelmesini önleyici nitelikte koruyucu sağlık hizmetleri vermesi de gerekmektedir. Bu açıdan Sağlık Bakanlığı'nın hizmetin niteliğine göre diğer kurum ve kuruluşlarla koordineli olarak faaliyet göstermesi gerekmektedir.[10]

1.2. Sağlık Hizmetleri Kapsamında İdarenin Niteliği

Millî Savunma Bakanlığı ve üniversiteler hariç olmak üzere, ülkemizde kamu tüzel kişisi olarak Sağlık Bakanlığı'nca doğrudan sağlık hizmetleri sunulduğu gibi, denetim ve düzenleme yetkisi Sağlık Bakanlığı'nda olmak üzere özel hukuk tüzel ve gerçek kişilerince de sağlık hizmetleri yürütülebilmektedir.[11]

Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un 2. maddesinde[12] belirtilen

---

9 Miraç Çelik, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı içinde (305-331), Burak Öztürk ve Diğerleri (Ed.), C. 1, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara 2020, s. 307-308.

10 Tokalı, s. 21.

11 Tokalı, s. 38.

12 "Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Millî İstihbarat Teşkilâtı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, bakanlıkları, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu ve kuruluşları…" (m. 2).

kamu kurum ve kuruluşlarınca işletilenler haricinde diğer kamu tüzel kişilerince işletilen sağlık birimleri Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir.

Belediye Kanunu'nun 14/b maddesi gereğince, belediyeler sağlık hizmeti birimleri kurup işletebilmektedirler. Her ne kadar ilgili düzenleme daha çok koruyucu sağlık hizmetlerine yönelik olduğu anlaşılsa da klasik manada sağlık tesisleri kurup işletmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Diğer yandan uygulamaya bakıldığında, belediyelerin sağlık tesisi kurma ve işletmede fazla istekli olmadıkları görülmektedir.[13]

Uyuşmazlık durumunda ilgili sağlık hizmetinin hangi kamu idaresi veya kamu kurumu tarafından işletiliyor olmasının dava açılma usulünde ve dava neticesinde hükmedilecek tazminat miktarında etkili bir husus değildir. Bu kapsamda sorumlu idarenin bilinmesi sadece açılacak olan tam yargı davasında davalının tespiti açısından önem taşımaktadır. Diğer yandan davalının yanlış belirtilmiş olması durumunda da dava, idare mahkemesince doğru hasma yöneltilerek yargılamaya devam edilmektedir.[14]

2. Organizasyon Sorumluluğu

Organizasyon sorumluluğu, sağlık hizmetlerin kuruş, düzen ve teşkilatlanmasında; bünyesinde faaliyet gösteren personelin niteliği, işbirliği ve denetimi; hizmete tahsis edilen tesis, araç ve gereçlerin niteliği, yeterliliği ve yetkili kişilerce kullanımı; sağlık personelince hizmetin icrasında gereken özenin gösterilmemesi, önlemlerin alınmaması veya geç alınması gibi durumlarda meydana gelebilecek aykırılık, aksaklık, bozukluk, eksiklik ve sakatlık durumlarında meydana gelebilmektedir.[15] Diğer bir değişle idarenin ve sağlık personellerinin sağlık hizmetleri kapsamında olmak şartıyla tıbbi müdahale kapsamı dışındaki her türlü faaliyetleri sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi (organizasyon) kapsamında değerlendirilmektedir.[16]

---

13 Tokalı, s. 38.

14 Serkan Kızılyel, "Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, C. 3, S. 24, s. 231.

15 Polat, s. 289.

16 M. Savaş Bayındır, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 11, S. 1-2, s. 558.

Altundere'ye göre organizasyon sorumluluğu, sağlık hizmetleri kapsamında teşhis ve tedavi dışındaki birtakım faaliyetler neticesinde kişilerin zarar görmesi durumunda gündeme gelmektedir.[17]

Özkan ve Akyıldız'a göre organizasyon kusuru, sağlık hizmeti kapsamında teşhis ve tedaviye yönelik eylemler dışındaki aşağıdaki alanlardaki yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda söz konusu olabilmektedir:

- Sağlık tesisinin fiziki niteliği,
- Hasta bilgilendirilmesi,[18]
- Sadakat ve özen,
- Hastane kayıtları ve kişisel sağlık verileri,
- Sır saklama,
- Gerekli araç ve gereç bulundurulması,
- Tıp bilimindeki yeni gelişmelerin takibi,
- İstihdam edilen personelin niteliği,
- Hasta güvenliği,
- Barınma hizmetleri,
- Beslenme hizmetleri.[19]

Hastanede gerçekleştirilen her türlü tıbbi müdahale kapsamında birinci derece sorumlu merci hastane yönetimidir. Hastane yönetiminin hastanın tıbbi teşhis ve tedavisinin dışında bir takım yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda hastanın bakımının sağlanması, aydınlatılması, bilgilendirilmesi, sadakat ve özen gösterilmesi, kayıt tutulması, sır saklanması, hasta verilerinin korunması vb. yükümlülükler yan yükümlülükler olarak nitelendirilmektedir.[20] Su-

17 Nazan Altundere, "Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi", Sağlık Hukuku Makaleleri içinde (105-116), İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 109.

18 Kanaatimizce, organizasyon sorumluluğu dikkate alındığında, bilgilendirme ile kastedilen teşhis ve tedavi dışındaki sağlık hizmeti veya sağlık tesisine yönelik her türlü uyarıcı nitelikteki bilgilendirmelerdir.

19 Hasan Özkan ve Sunay Akyıldız, Hasta ve Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, 1. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 432-433.

20 Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk

nulan bazı hizmetlerin hizmet alımı yoluyla veriliyor olması, hastane yönetiminin ilgili hizmetlerdeki standart ihlalinden sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.[21]

Danıştay, hastane yönetiminin organizasyon sorumluluğunun sınırlarını genel olarak şu şekilde belirtmiştir:

"…Yataklı tedavi kurumlarında sağlık hizmetlerinin yanında hasta kabul hizmetleri, hasta ziyaretleri, idari ve teknik hizmetler, nöbet esasları, yemekhane hizmetleri, hasta refakatleri, emniyet ve güvenlik hizmetleri gibi sağlık hizmetleriyle yakından ilgisi bulunan birçok hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi bu arada, özellikle hastanede yataklı tedavi görmekte olan hastaların yangın, deprem, silahlı saldırı gibi her türlü tehdit ve tehlikeye karşı huzur ve güven içinde bulunabilmeleri için gerekli emniyet ve güvenlik tedbirlerinin alınması hastane yönetiminin önem arz eden görevlerinden olduğu…".[22]

Hastaneler sadece tıbbi müdahalelerin yapıldığı yerler olmanın yanında, hastanın bakımının gerektirdiği ve çağın gereklerine uygun bütüncül bir servis hizmetinin verilmesini gerekli kılan tesislerdir. Bu kapsamda hastanelerin özen ve sadakat borcu kapsamında tıbbi faaliyetlerin yanında hastaların beslenme, barınma, güvenlik, bulaşıcı hastalıklardan korunma, acil durumlarda tahliyesi vb. açılardan bütüncül bir hizmet vermesi gerekmektedir.[23]

2.1. Organizasyon Sorumluluğu Kapsamında Sunulan Hizmetler

2.1.1. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği yataklı tedavi kuruluşlarındaki sunulan hizmetlerin esasları ve istihdam edilen personellerin görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi amacını taşımaktadır (m. 1). Yönetmeliğe göre, modern çağın gerekleri ve ülke gerçekleri doğrultusunda sunulması gereken hizmetler ve hizmet standartları aşağıdaki şekildedir:

Yayınları, Ankara 1991, s. 129; 149.

21 Hakeri, s. 991.

22 Danıştay 10. D, E. 1998/4977, K. 2000/380, T. 09.02.2000, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

23 Ayan, s. 160.

- Poliklinik hizmetleri (m. 6-12),
- Servis hizmetleri (m. 13),
- Acil hizmetleri (m. 14),
- Laboratuvar hizmetleri (m. 15),
- Ameliyathane hizmetleri (m. 16),
- Merkezi sterilizasyon hizmetleri (m. 16),
- Yoğun bakım ve reanimasyon hizmetleri (m. 16),
- Uyandırma ve ameliyat sonu bakım ünitesi hizmetleri (m. 16),
- Eczane hizmetleri (m. 17-18),
- Olağanüstü[24] hallerde yataklı tedavi kurumları hizmetleri (m. 19),
- Yataklı tedavi kurumları iç enfeksiyonlardan korunma hizmetleri (m. 30-31),
- Merkezi tıbbi arşiv (m. 32),
- Sosyal hizmetler (m. 35),
- Yönetim hizmetleri,
    - Hizmet birimlerinin yerleşimi (m. 36),
    - Çalışma düzeni ve çalışma saatleri (m. 37-40),
    - Nöbet esasları (m. 41-52),
- Hasta kabul hizmetleri (m. 53-57),
- Hasta odaları ve özellikleri (m. 58),
- Yatak kadrolarına göre hasta kabulü (m.61),
- Hasta refakat şekli ve koşulları (m. 62),
- Serbest uzman tabiplerin resmi hastanelerden faydalanma koşulları (m. 63-65),
- Adli ihbar ve otopsi işlemleri (m. 86-87),
- Temizlik hizmetleri (m. 88),

[24] "Olağanüstü hallerde [deprem, yangın, su baskınları, kasırga, tayfun epidemiler (salgınlar) gibi doğal afetler ile büyük kazalarda, toplu olaylarda] ve savaş durumunda ilgili kurum ve kuruluşlara yatak ve ilaç tahsis konusunda alınacak tedbirler… önceden planlanır" (m. 19/1).

- Mutfak ve beslenme hizmetleri (m. 89-92),
- Çamaşır ve çamaşır yıkama, ütü işleri (m. 93),
- Hastane ziyaretleri (m. 95-98),
- Satın alma ayniyat depo ve ambar hizmetleri (m. 99-105),
- Teknik hizmetler (m. 106-107).

2.1.2. Hasta Hakları Yönetmeliği

Hasta Hakları Yönetmeliği hasta haklarının somutlaştırılması, sağlık hizmeti sunumunda herkesin insan haysiyetine yakışır bir şekilde hizmet almasının ve haklarının korunabilmesi amacını taşımaktadır (m. 1). Hasta hakları kapsamında meydana gelen ihlallerde, hizmeti sunan kurum ve kuruluş aleyhine tazminat davası (maddi ve manevi) açılması mümkündür (m. 43/1). Yönetmeliğe göre, özel ve kamu fark etmeksizin her türlü sağlık hizmeti sunucusu ve hizmet alıcısının kapsamı dâhilindeki hizmetler ve hizmet standartları aşağıdaki şekildedir:

- Adalet ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma (m. 6),
- Bilgi isteme (m. 7),
- Sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme (m. 8),
- Personeli tanıma, seçme ve değiştirme (m. 9),
- Öncelik sırasının belirlenmesini isteme (m. 10),
- Tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım (m. 11),
- Kayıtları inceleme (m. 16),
- Kayıtların düzeltilmesini isteme (m. 17),
- Mahremiyete saygı gösterilmesi (m. 21),
- Bilgilerin gizli tutulması (m. 23),
- Güvenliğin sağlanması (m. 37),
- İnsani değerlere saygı gösterilmesi ve ziyaret (m. 39),
- Refakatçi bulundurma (m. 40),
- Hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesi (m. 41),
- Müracaat, şikâyet ve dava hakkı (m. 42).

2.1.3. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu sağlık hizmeti sunumunun ana esasların belirlenmesi amacını taşımaktadır (m. 1). Kanun, Millî Savunma Bakanlığı hariç, bütün sağlık hizmeti sunucusu olan gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır (m. 2). Sağlık bakanlığı, ilgili kanunun 4. maddesi gereğince, aşağıda belirtilen hizmet esaslarını tesis etmek üzere ülke genelinde teşkilatlanmayı sağlamalıdır:

- Sağlık hizmeti sunucusu kurum ve kuruluşların ülke çapında eşit, kaliteli ve verimli bir şekilde planlanması, koordine edilmesi, mali yönden desteklenmesi ve geliştirilmesi sağlanmalıdır (m. 3/a).
- Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilerek, kamu ve özel bütün sağlık hizmeti sunum tesislerinin kurulması ve işletilmesinde, kapasitelerinin âtıl duruma düşürülmemesi ve israfın önüne geçilmek suretiyle gerektiğinde hizmet alımı yoluyla kaliteli ve verimli bir hizmet arzı sağlanmalıdır (m. 3/b).
- Ülke genelinde sağlık hizmeti sunucuları ve sağlık personelinin dengeli bir şekilde dağılması ve yaygınlaştırılması gerekmektedir (m. 3/c).
- Sağlık kuruluşlarının tespit edilen standartlar dâhilinde hizmet vermeleri amacıyla denetim, değerlendirme, eğitim ve oto kontrol sistemlerinden yararlanılmalıdır (m. 3/e).
- Sağlık hizmetlerinden daha hızlı ve etkin bir şekilde faydalanılabilmesi ve herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi için ülke çapında kayıt ve bildirim sistemi kurulmalıdır (m. 3/f).
- Sağlık personellerinin ülke genelinde dengeli dağılımının sağlanması amacıyla istihdam planı hazırlanmalıdır. Nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi gerekmektedir (m. 3/g).
- Çağdaş tıbbi bilgi ve teknolojilerin ülke sağlık hizmetine entegre edilmesi ve teşviki gerekmektedir (m. 3/i).
- Vatandaşların hastalıklardan korunması, ana çocuk sağlığı, aile planlaması, sağlıklı çevre, beslenme vb. konularda eğitilmeleri ve takip edilmeleri kamu kuruluşları, meslek kuruluşları ve özel/gönüllü kuruluşların iş birliği ile gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır (m. 3/j).

- Teşhis, tedavi, rehabilite edici ve koruyucu sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaç, serum, aşı vb. biyolojik maddelerin amaç dışı kullanımının önüne geçilmesi amacıyla bu tür maddelerin yurt içinde ve dışında kalite kontrollerinin yaptırılması, kontrol edilmesi, ruhsatlandırılması, izin verilmesi ve fiyatlandırılması hususunda Sağlık Bakanlığı görevlidir (m. 3/k).
- Engelli bebek doğumların önlenmesi amacıyla gebeliğe yönelik eğitsel ve tıbbi çalışmalar yapılmalıdır. Yeni doğanlara yönelik metabolizma hastalıkları kapsamında gerekli testlerin yapılarak risk gruplarının belirlenmesi gerekmektedir (m. 3/l).
- Rehabilite edici sağlık hizmetlerinde kullanılan araç ve gereçlerin üretimi, üretim ve personel standartlarına dair kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek/tüzel kişilere izin verilmesinde Sağlık Bakanlığı yetkilidir (m. 3/m).

2.2. Organizasyon Sorumluluğu Kapsamında Önemli Hususlar

2.2.1. Sağlık Personelinin Organizasyon Yükümlülüğü

Sağlık personelinin organizasyon yükümlülüğü bakımından uygulamada en sık rastlanan sorunlar genel olarak tıbbi müdahalede yetkili ve sorumlu sağlık personelinin çağrılmaması ve teknik araç ve malzemelerdeki eksiklik ve arızaların hastane yönetimine bildirilmemesi şeklinde meydana gelmektedir.[25] Bu kapsamda hastane yönetimine yapılan bildirime rağmen gerekli iş ve işlemlerin yapılmaması halinde hastane yönetimi; bildirimin hiç yapılmaması halinde ise ilgili sağlık personelinin sorumluluğuna gidilebilecektir.[26]

Sağlık personelleri açısında tıbbi özenin sürdürülmesinin beklendiği bir durumda, geçerli bir gerekçeye dayanmadan veya yerine ikame edebilecek birisini bırakmadan hekim-hasta ilişkisini kesmesi durumunda terk etme ve özen eksikliği gündeme gelebilmektedir.[27] Bu gibi durumlarda hekimin şahsi kusuru oluşabileceği gibi duruma göre organizasyon kusurunun da meydana gelmesi mümkündür.

---

25 Hakeri, s. 856.
26 Polat, s. 268.
27 Polat, s. 37.

Hakeri'ye göre birçok hekim hatasının arka planında organizasyon kusuru bulunmaktadır. Bu kapsamda sorumluluk açısından şahsi kusur, organizasyon kusuru ayrımının yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler açısından sağlık personelinin şahsi kusurunun bulunması durumunda doğrudan ilgili personele; organizasyon kusuru bulunması durumunda ise idare aleyhine dava açılmalıdır.[28] Bunun yanında sağlık hizmetini sunan kamu personelinin görevinden bağımsız gerçekleşen ve salt kişisel kusuruna dayanan uyuşmazlıkların ise adli yargıda çözümlenmesi gerekmektedir.[29]

Çetin, şahsi kusur-organizasyon kusuru ayrımı açısından sağlık personellerinin en rahatsız olduğu konunun, organizasyon kusurlarının da personellere mal edilmesi olduğunu belirtmektedir.[30]

2.2.2. Hastalık Yönetimi Kapsamında Yatay ve Dikey İş Birliği

Ekip çalışması tıbbi uygulamalarda diğer alanlara nazaran daha fazla önem arz etmektedir. Bu kapsamda, ekip çalışması şeklinde icra edilen tıbbi müdahaleler açısından sadece hekimin sorumluluğun kabulü doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle meydana gelen zararlar hekim hatası olarak değil, tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmelidir.[31]

Gelişen teknoloji ve tıpta komplike araç ve gereç kullanımının artışıyla birlikte, tıbbi müdahale süreçlerine hekim dışında aktörlerin de katıldığı görülmektedir. Tarihsel süreçte hekim-hasta ilişkisi değişim göstermiş olup, teşhis ve tedavi sürecinde alet kullanımı, laboratuvar ve diğer tetkik süreçlerin de dâhil olmasıyla birlikte tıbbi müdahale süreci hekimlerin tekelinden çıkarak bir ekip iştirakine dönüşmüştür.[32] Bu kapsamda hastalık yönetimi (disease management) olarak nitelendirilen ve müdahaleye katılan bütün aktörlerin bir ağ haline getirildiği

---

28 Hakeri, s. 904; 1006.

29 Mustafa Avcı, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 1, s. 105-140.

30 Gürsel Çetin, "Tıbbi Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi içinde (31-42), Gürsel Çetin ve Coşkun Yorulmaz (Ed.), İstanbul Cerrahpaşa Hastanesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 35.

31 Polat, s. 13.

32 Polat, s. 15.

bir süreç takip edilmektedir. Bu kapsamda hekimin teşhis ve tedavi tercihleri belirlenirken müşterek çalışmalar söz konusu olabilmektedir. Diğer yandan hastalık yönetimi süreci, hekimin tedavi özgürlüğü ve hastanın sağlık personelini seçme ve değiştirme hakkını ve sürece dâhil olan personellerin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.[33]

Tıbbi müdahale sürecine katılan aktör sayısı artıkça, kullanılan tıbbi araç ve ilaçlar kompleks bir nitelik kazandıkça hastalık yönetimi sürecindeki organizasyonun daha dikkatli ve özenli olarak yürütülmesi gerekmektedir.[34]Ayrıca, konsültan hekimin görev ve uygulamalarında sorunlar meydana gelmesi durumunda, konsültan hekimle birlikte ona başvuran hekimin de sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.[35]

Hastalık yönetimi sürecinde karşılaşılan organizasyon kusurları genel olarak iletişim, koordinasyon, yeterlilik, yetki sınırları ve vekâlet konularında meydana gelmektedir. Bu kapsamda organizasyon kusurlarının önüne geçilebilmesi bakımından iş bölümü, yetki sınırlamaları ve güven ilkesi[36] sağlıklı bir şekilde yürütülmelidir.[37] Hasta ile sağlık personellerinin (hekim, konsültan hekim, yardımcı personel) iletişiminin kopuk veya hatalı olması ciddi problemlere neden olabilmektedir. Özellikle tıbbi müdahale sürecinde telefonla talimat alma-verme, hatalı tıbbi müdahalelere sebebiyet verebilmektedir. Yatay ve dikey iş birliğinin sağlıklı yürütülebilmesi için verilen ve alınan talimatların doğru anlaşıldığının teyit edilmesi önem arz etmektedir.[38]

2.2.3. Tıbbi Standart

Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesi gereğince *"araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve stan-*

---

33 Hakeri, s. 201-202.
34 Hakeri, s. 202.
35 Polat, s. 35.
36 "Belirli bir riskli hareketi yapan kimsenin, benzer harekette bulunan başka bir kimsenin hukuken riskleri azaltmak veya ortadan kaldırmak amaçlı olarak kabul edilmiş teknik güvenlik normlarına uygun davranacaklarına güvenebileceğini, bu güvenmesinin kendisi aleyhine hukuksal sonuç çıkarmak için yorumlanamayacağı, insanların hareketlerini sürekli başkalarının olası hatalı davranışlarına göre şekillendirmek zorunda olmadıkları…". Bkz. Yener Ünver, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 886.
37 Hakeri, s. 203.
38 Polat, s. 35.

dartlara uygun olarak yapılması gerekir". Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre *"hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını isteme hakkına sahiptir"*. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13/1. maddesinde *"tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder"* hükmüne yer verilmiştir.

Polat'a göre sayı itibariyle kamu hastanelerinden az olmalarına rağmen, özel hastane ve muayenehanelere yönelik şikâyetlerin oranının yüksek olması, hastaların daha fazla ücret ödemesi ve daha yüksek seviyede bir standart beklentisi içerisinde olmalarından kaynaklanmaktadır.[39] Diğer yandan, özel hastanelerin sorumluluğu açısından kamu hastanelerine oranla daha yüksek tıbbi standartlar aranması, kamu hastaneleri açısından asgari standardın altına düşülmesi açısından gerekçe olmamaktadır.[40]

Acil durumlar gerekçesi ile acil servislerde özen kriteri yumuşatılamamaktadır. Hakeri'ye göre acil hallerde hekimin özen yükümlülüğünün daha düşük düzeyde belirlenmemesi gerekmektedir. Bunun yanında, acil servislerde farklı bir tıbbi standardın uygulanmasına da imkân verilmemelidir.[41]

Hekimlerin hukuki sorumluluğu açısından tecrübeli bir uzman hekimin standardı esas alınmaktadır. Bu kapsamda hiçbir hekim eğitim sürecinin kalitesiz olduğu, yeterli tecrübe sahibi olmadığı, alanındaki gelişmeleri yeterince takip edemediği vb. gerekçelerle özel hukuk sorumluluğundan kurtulamamaktadır.[42] Bu açıdan hekimi istihdam eden kurumun personel seçiminden kaynaklı organizasyon sorumluluğunun bulunduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

---

39 Tıbbi uygulama hataları açısından yapılan bir araştırma sonucuna göre hata iddiasının oluşum yeri olarak "%40,1'i devlet hastanelerinde, %18,6'sı özel hastanelerde, %14,9'u (eski) SSK hastanelerinde, %7,4'ü üniversite hastanelerinde, %5,6'sı muayenehanelerde, %4,6'sı hastanın evinde, %2,8'i özel polikliniklerde, %1,8'i sağlık ocaklarında, %2,8'i sağlık evlerinde gerçekleşmiştir". Bkz. Polat, s. 300-301.

40 Reşat Atabek, "Hastanelerin Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, C. 60, S. 10-12, s. 636.

41 Hakeri, s. 922.

42 Hakeri, s. 920.

- Hastane yönetiminin hatalı görevlendirmesi veya sağlık personelini zorlaması nedeniyle hasta aleyhine tıbbi standarttan taviz verilmesi,[43]
- Kullanılan malzemelerin standartlara aykırı olması,[44]
- Teşhis sürecinde gerekli test ve işlemlerin yapılmaması,[45]
- Kan grubunun yanlış tespit edilmesi,[46]
- Hasta müşahede evraklarının hatalı tutulması ve sorumlu hekime ulaştırılmasında aksaklıklar,
- Konsültasyon hizmetlerinde aksaklıklar,[47]
- Tedavi hizmetinin geç başlatılması,[48]
- Ağır yaralı hastanın irtibat kurulmaması nedeniyle yeterli tıbbi imkânı ve uzman hekimi olmayan hastaneye götürülmesi,
- Hastanın hastaneye kabul edilmemesi nedeniyle tedavisine geç başlanılması.[49]

2.2.4. Hastane Niteliği

İyi bir tedavi sürecinin sağlanabilmesi açısından organizasyon yükümlülüğünün iyi yürütülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün bir uzantısı olarak, hizmet verilen hastanenin belirli standartları taşıması, sağlık hizmetlerinin gereği gibi verilebilmesi için gerekli olan asgari unsurların bulundurulması, tesislerin çağın gereklerine uygun tıbbi araç ve gereçlerle hizmet vermesi sağlanmalıdır.[50] Sağlık hizmetinin sunumunda gerekli olan ekipmanların bulunmaması veya yetersiz olması durumunda klinik performansta düşüş; hasta risklerinde ise yükselme söz konusu olabilmektedir.[51]

---

43 Hakeri, s. 999.
44 Danıştay 10. D, E. 2006/994, K. 2009/622, T. 04.02.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
45 Ayan, s. 157-158.
46 Atabek, s. 635.
47 Hakeri, s. 999.
48 Danıştay 10. D, E. 2002/7073, K. 2004/1481, T. 09.02.2004, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
49 Danıştay 10. D, E. 2001/2529, K. 2003/675, T. 25.02.2003, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
50 Ayan, s. 160; 164-166.
51 Polat, s. 127.

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

- Acil ameliyat koşullarının sağlanmaması,
- Hatalı tıbbi müdahaleye dair önemli delillerin kaybolmasını engelleme konusunda gerekli özen gösterilmemesi,[52]
- Ameliyat sonrası uyanma odasının bulunmaması,[53]
- Tıbbi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin arızalı veya ayarsız olması,
- Bina iklimlendirme hizmetinin hatalı yapılması nedeniyle hastalığın ağırlaşması,
- Sağlık personellerinin hastaların aydınlatılması ve rızalarının alınması gerekliliği konusunda bilgilendirilmemesi,
- Aydınlatma ve rıza alma hususlarında ihmal gösterdiği yönünde belirtiler bulunmasına rağmen personellerin bu hususta denetlenmemesi,
- Hastanın yeni hastalıklara yakalanmasına neden olunması,[54]
- Hastanın hastane enfeksiyonuna yakalanması,[55]
- Aydınlatma evraklarının hasta dosyasında bulunmaması veya kaybedilmesi,[56]
- Cerrahi müdahale araç ve gereçlerinin bozuk veya arızalı olması,
- Ameliyat sonrası kullanılan kompreslerin gereğinden sıcak olması nedeniyle hasta bedeninde yanıklara neden olunması,[57]
- Hastane ambulansının bakımsızlık nedeniyle yolda bozulması,[58]

---

52 Danıştay 10. D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, T. 19.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

53 Danıştay 15. D, E. 2013/4067, K. 2014/5490, T. 17.06.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

54 Ayan, s. 157-158.

55 Danıştay 15. D, E. 2013/11488, K. 2018/3852, T. 17.04.2018, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

56 Hakan Hakeri, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı içinde (161-170), 1. baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 166.

57 Atabek, s. 635.

58 Danıştay 12. D, E. 1967/2767, K. 1968/2118, T. 18.11.1968, (Erişime kapalı).

- Mali imkânların bulunmasına rağmen gerekli ünitelerin kurulmaması,[59]
- İlaç hukuku gereğince hastanelerin ilaçların advers etkilerinin bakanlığa bildirilmesi amacıyla farmakovijilans sisteminin kurulmaması,[60]
- Hijyen şartlarının sağlanmaması,[61]
- Hastaya nakledilen kanın bulaşıcı hastalık taşıması,[62]
- Kan nakli ihtimaline yönelik tespit yapılmadan ve yeterli kan stoku bulunmadan hastanın ameliyata alınması,[63]
- Hastanede yürütülecek olan klinik araştırmalar kapsamındaki deney ve denemelere yönelik hastaların korunmaması ve çalışmaların etik kurul denetimlerine tabi olmaması,[64]
- Hastanın başka hastaneye ambulansla sevkinde hemşire refakati sağlanmaması,[65]
- Ölü doğum halinde aile tarafından teslim alınmayan bebeğin cesedinin defnedilmeyerek klinik atık olarak imha edilmesi,[66]
- H1N1 (domuz gribi) gibi bilinen bir salgına yönelik önceden gerekli önlemler alınmaması nedeniyle tanı ve tedaviye yönelik araç-gereçlerin ve ilaçların hastanede bulunmaması nedeniyle hastanın tedavisinin yapılamaması sonucu vefatı,[67]
- Doğum sonrası alınan kan örneğinin laboratuvara geç ulaştırılması nedeniyle metabolik bir hastalığın zamanında teşhis edilememesi,[68]

---

59 Hakeri, s. 995.

60 Gülbin Özçelikay, "Farmakovijilans ve Eczacı Sorumluluğunun Etik Boyutu", İleri teknoloji Tıbbı ve Hekim-Hasta İlişkisi içinde (335-347), Öztan Öncel ve Diğerleri (Ed.), Nobel Kitabevi, İstanbul 2007, s. 342.

61 Danıştay 15. D, E. 2015/6119, K. 2015/5733, T. 08.10.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

62 Hakeri, s. 1002.

63 Danıştay 10. D, E. 2008/2688, K. 2012/1006, T. 20.03.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

64 Hakeri, s. 1003.

65 Diğer yandan sevk sırasında ambulansta hekim bulunmaması kusur sayılmamıştır. bkz. Danıştay 15. D, E. 2013/4533, K. 2016/4374, T. 13.06.2016, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

66 Hakeri, s. 1007.

67 Danıştay 15. D, E. 2018/3131, K. 2019/1012, T. 21.02.2019, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

68 Danıştay 10. D, E. 2003/3146, K. 2006/5850, T. 20.10.2006, www.uyap.gov.tr

- Enfeksiyona bağlı gelişebilecek şok için gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle hastanın hayatını kaybetmesi,[69]
- Hastalara verilen gıdaların bozuk olması,[70]
- Yer ayarlanmaması nedeniyle ameliyat sonrasında hastanın yoğun bakıma alınamaması,
- Klinik tablo neticesinde hastanın konsültasyonu için sevki gerekirken sadece ilgili polikliniğe yönlendirilmesi,[71]
- Sağlık tesisi yapı kullanım izni bulunmaması,
- Hastane temizliğinin yetersiz olması.[72]

2.2.5. Personelin Niteliği

Danıştay, idarenin personel istihdam sürecindeki yükümlülüğü konusunda *"…idare, hastanelerde yapılacak olan tedavi ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür"* şeklinde belirleyici bir karar vermiştir.[73] Bu kapsamda idarenin düzenleyici fonksiyonundan kaynaklı olarak, verilen sağlık hizmetlerinde personel sayısı ve niteliğinde yetersizlik veya personelin standart dışı bir biçimde çalıştırılmasından kaynaklanan tıbbi hatalar açısından idarenin sorumluluğu söz konusudur.[74] Bunun yanında, idarenin istihdam etmiş olduğu personelin kusurlu davranarak zarar verme ihtimalini de asgari düzeye indirmesi gerekmektedir.[75]

(E.T.:10.02.2022).

69 Danıştay 10. D, E. 1993/363, K. 1994/2502, T. 01.06.1994, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

70 Melikşah Yasin, "Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu I Bildiri Kitabı, İstanbul 17 Kasım 2006, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 245.

71 Danıştay 10. D, E. 2008/2688, K. 2012/1006, T. 20.03.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

72 Bayındır, s. 562.

73 Danıştay 10. D, E. 1994/3258, K. 1995/2379, T. 03.05.1995, (Erişime kapalı).

74 Serkan Çınarlı, İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, 1. baskı, Orion Yayınevi, Ankara 2013, s. 226.

75 Danıştay 10. D, E. 2009/13975, K. 2010/2512, T. 31.03.2010, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Tıbbi müdahalenin konusunun insan olması nedeniyle, icrasında farklı bir yaklaşım ve özen gösterilmesi gerekmektedir. Bunun yanında tıp, en hızlı gelişen ve değişen alanlardan birisidir. Bu nedenle sağlık personellerinin eğitilmesi ve denetlenmesi açısından idarenin sorumluluğu söz konusudur.[76]

Sağlık personellerinin yeni gelişmeleri takip edebilmeleri açısından hizmet içi eğitimler ve kongrelere katılımları sağlanmalı ve bu hususta gerekli denetimler yapılmalıdır.[77] Bunun yanında hastalara ait kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması amacıyla sağlık personellerine ve yardımcı personellere yönelik veri güvenliği eğitimi verilmesi de önem arz etmektedir.[78]

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

- İcapçı hekimin genel anestezi altındaki ameliyata katılmaması ve ameliyatın asistan hekim tarafından tek başına yapılması,[79]
- İcapçı hekime geç haber verilmesi,[80]
- Personel üzerinde denetim eksikliği nedeniyle tıbbi cihazın hatalı montajı,[81]
- Tıbbi araç ve gereçlerin uzman kişilerce kullanılmaması,[82]
- Hastanın tedavisi için gerekli ünitelerin bulunmamasına rağmen hastanın tedavisinin üstlenilmesi veya hastanın kabul edilmesine rağmen uygun sevk zinciri içerisinde hastanın ambulansla sevkinin yapılmaması,[83]

---

76 Polat, s. 14; 23.
77 Ayan, s. 160.
78 Veli Durmuş, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi*, 2021, C. 14, S. 1, s. 74.
79 Danıştay 15. D, E. 2015/2622, K. 2015/7990, T. 26.11.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
80 Danıştay 12. D, E. 1967/2767, K. 1968/2118, T. 18.11.1968, (Erişime kapalı).
81 Yargıtay 12. CD, E. 2012/21700, K. 2012/23270, T. 07.11.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
82 Hakeri, s. 995; 997.
83 Danıştay 15. D, E. 2013/12676, K. 2014/5182, T. 12.06.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

- Yoğun bakımdaki hastanın defalarca solunum maskesini çıkarmaya çalıştığının bilinmesine rağmen, hastanın maskeyi çıkarmasını engelleyici ek müdahaleler yapılamaması.[84]
- İstihdam edilen personelin niteliksel ve niceliksel yetersizliği,[85]
- *"Ameliyathane, cihaz ve yardımcı elamanlara ilişkin kusurlarda davalı sağlık kuruluşunun da sorumlu olacağının kabulü gerekir"*.[86]

2.2.6. Nöbet Saatleri

Uygun organizasyonun sağlanmaması ve sağlık personelinin iş yükü ağır bir bölümde hizmet vermesi durumunda nöbet sürecinde personelin verimliliği düşebilmektedir. Özellikle ülkemizde genel olarak uygulanmakta olan blok 24 saat nöbet ve akabinde mesaiye devam uygulamasının çok ağır çalışma koşullarına sebebiyet verdiği ortadadır.[87]

Öz ve Ertan 12 saatlik vardiyalar (gece ve gündüz) halinde çalışan asistanların, vardiya çıkışında bilişsel seviyelerinde düşüş olduğu; özellikle gece vardiyası sonrasında bu düşüşün daha fazla olduğunu belirtilmektedirler.[88]

Nöbet devirlerinde eksik işlem yapılmaması, personel arası sağlıklı iletişimin sağlanması ve aceleci davranılmaması için nöbet organizasyonu yapılırken devir süreçlerinde devreden ve devralan personelin kısa süreli de olsa (1 saat) birlikte çalışmaları sağlanmalıdır.[89]

Sağlık personeli açısından özenli hareketinin beklenemeyeceği hallerde, kusurundan bahsetmek mümkün değildir. Bu kapsamda fiziki aşırı yüklenme, aşırı yorgunluk, konsantrasyon ihtiyacı vb. durumlarda sağlık personelinin hatasının kendisine yüklenemeyeceği belirtilmektedir.[90]

---

84 Danıştay 10. D, E. 2005/3719, K. 2007/4316, T. 24.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
85 Bayındır, s. 562.
86 Yargıtay 13. HD, E. 2012/7386, K. 2012/14143, T. 31.05.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
87 Polat, s. 125.
88 Hüseyin Öz ve Ayşegül Ertan, "Anestezide Hekim Hataları", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, 2009, S. Sonbahar, s. 56.
89 Polat, s. 128.
90 Hakeri, s. 921.

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

- Nöbet organizasyonu kapsamında nöbette uzman hekim bulunmaması,[91]
- Sağlık personelinin nöbetleri ayarlanırken yorgunluk ve konsantrasyon eksikliğine sebebiyet verilmesi,
- Gece nöbetlerinin organizasyonunda uzman hekim standardının ihlal edilmesi,
- Asistan anestezist hekimin aynı anda birden fazla ameliyatta görevli olması,[92]
- Kadın doğum uzmanı ve anestezi teknisyeninin, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 43/c ve 49/b maddeleri gereğince normal nöbet tutması gerekmekteyken, nöbetlerinin icap nöbeti olarak düzenlenmesi.[93]

2.2.7. Hasta, Hasta Yakını ve Sağlık Personeli Güvenliği

Hastanın kendisine zarar vermesi veya intihar etmesi; 3. kişilerin veya diğer hastaların hastaya zarar vermesi; hasta ve yakınlarının mal ve can güvenliğinin sağlanamaması; doğal afetlere yönelik tedbirlerdeki eksiklikler vb. durumlarda organizasyon kusuru meydana gelebilmektedir.[94]

İdarenin güvenlik ve temizlik hizmetlerini özel kuruluşlar aracılığıyla temin etmesi durumunda dahi idarenin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkmamaktadır. Zira bu durumda da idarenin ilgili hizmetler kapsamında denetim yükümlülüğü devam etmektedir.[95]

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

---

91 Danıştay 15. D, E. 2013/4129, K. 2014/3701, T. 15.05.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

92 Hakeri, s. 998-999.

93 Danıştay 15. D, E. 2014/5867, K. 2015/2320, T. 21.04.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

94 Polat, s. 121-122.

95 Danıştay 10. D, E. 1998/4977, K. 2000/380, T. 09.02.2000, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

- Hasta odaları ve servislerin dizaynı,
- Hastanın gözlenmesindeki eksiklikler,
- Tehlikeli objelerin hastadan uzak tutulmaması,
- Kilitli oda temininde yetersizlikler,
- Personel denetimindeki eksiklikler,
- Personel arası iletişim kopukluğu,[96]
- Gece hizmet verilen tesislerde **güvenlik görevlisi**, otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmaması,
- Sağlık tesisi giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmaması,[97]
- Ruhsal tedavi sürecindeki hastanın intiharı,
- Hastaneden güvenlik zafiyeti nedeniyle çocuk çalınması,
- Yangın durumuna karşı gerekli tedbirlerin alınmamış olması,[98]
- Hasta, ziyaretçi ve refakatçilerinin can ve mal güvenliğinin ihlali,[99]

Çocuk ve akıl hastalarının güvenliği açısından gerekli tedbirlerin alınmaması,[100]

- Kan, organ ve doku çalınması,[101]
- Bebek hırsızlığı,[102]
- Kavga ve çatışma,
- Bebeklerin karıştırılması,[103]
- Uyarı levhası bulunmaması ve asansör kapısının kilitli olmaması nedeniyle refakatçinin asansör boşluğuna düşmesi,

---

96 Polat, s. 121-122.
97 Danıştay 10. D, E. 1998/4977, K. 2000/380, T. 09.02.2000, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
98 Atabek, s. 635.
99 "…bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadır" (Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 37).
100 Hakeri, s. 1000-1001.
101 Hakeri, s. 1000-1001.
102 Danıştay 10. D, E. 2004/8980, K. 2007/1054, T. 13.03.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
103 Yargıtay 4. HD, E. 1976/327, K. 1976/11216, T. 22.12.1976, (Erişime kapalı).

- Yeterli aydınlatma ve temizlik yapılmaması nedeniyle koridordaki kaygan zeminden dolayı düşme (muz kabuğu) ve sakatlanma,[104]
- İdarenin maddi olanaksızlık gerekçesiyle riski çok daha yüksek aşının (kuduz aşısı - müşahede altına alınan kedinin kuduz olmadığı anlaşılmıştır) uygulanması nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi.[105]

2.2.8. Hasta Hakları

İdare tarafından sunulan sağlık hizmetleriyle ilgili idari yargı kararlarında Hasta Hakları Yönetmeliği'ne (HHY) atıf yapılmakta ve bu konudaki ihlallerin idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir. Diğer yandan idari yargının maddi ve manevi tazminata hükmederken, ilgili uyuşmazlıkta esasen hangi hasta haklarının ihlal edildiğinin mümkün olduğunca belirtilmesi gerekmektedir.[106] Bu kapsamda, kanaatimizce ihlal edilen hasta hakkına dair somut olayın özelliklerine göre organizasyon kusurunun da meydana gelebilmesi söz konusudur.

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

- Adalet ve hakkaniyete uygun olarak hasta haklarından faydalanma (m. 6),[107]
- Tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı (m. 11),[108]
- Bilgi isteme hakkı (m. 15),[109]
- Kayıtları inceleme ve örnek alma hakkı (m. 16),[110]

---

[104] Danıştay 10. D, E. 2003/4153, K. 2006/5848, T. 20.10.2006, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

[105] Danıştay 10. D, E. 1995/7086, K. 1996/7534, T. 14.11.1996, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

[106] Zehra Odyakmaz, "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 1, S. 5, s. 1-2.

[107] Danıştay 10. D, E. 2006/2391, K. 2009/8385, T. 02.10.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

[108] Danıştay 10. D, E. 2006/5165, K. 2008/4726, T. 23.06.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

[109] Danıştay 10. D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, T. 19.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

[110] Danıştay 10. D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, T. 29.04.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

- Hasta kayıtlarının düzeltilmesini isteme hakkı (m. 17),[111]
- Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi hakkı (m. 21),[112]
- Hastanın teşhis ve tedavilerinin gizli tutulmasını isteme hakkı (m. 23).[113]

2.2.9. Sır Saklama Yükümlülüğü ve Kişisel Sağlık Verileri

Teknolojideki gelişmelerle birlikte kişisel verilerin işlenmesi ve aktarımı kolay bir şekilde yapılabilir hale gelmiştir. Diğer yandan elde edilen kolaylıklar nedeniyle kişisel verilerin kötüye kullanılması da kolaylaşmıştır. Özellikle kişisel sağlık verilerinin biyolojik silaha dönüştürülme potansiyeli nedeniyle kişisel verilerin hukuki açıdan korunması önem arz etmektedir. Bu bakımdan hekimler hastalarının sağlık verilerini başka bir hekimle paylaşmadan önce dahi hastalarının açık rızalarını almalıdırlar.[114]

Sır saklama yükümlülüğü sağlık personelinin yanında hastane personeli ve hastane yöneticileri bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda hastaya ait kayıt ve belgelerin başkalarına devredilmesi de mümkün değildir.[115]

Sağlık verilerinin korunmaması (kaybı) durumunda hem tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun denetimini ortadan kaldırmakta, hem de kişisel sağlık verileri kaybedilen hastanın sağlığına yönelik belirsizlikler nedeniyle uğramış olduğu manevi zararın idarece tazmin edilmesi gerekmektedir. Danıştay'a göre sunulan sağlık hizmetine dair verilerin hasta dosyasında yer alması hasta hakları kapsamında olup, bu verilerin düzenli ve yeterli düzeyde tutulmamış olması hastanın doğruyu öğrenme hakkına engel olabileceği için organizasyon kusurunun varlığının kabulü gerekmektedir.[116]

---

111 Danıştay 10. D, E. 2005/8407, K. 2007/6526, T. 28.12.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

112 Danıştay 10. D, E. 2009/822, K. 2009/11619, T. 31.12.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

113 Danıştay İDDK, E. 2000/1104, K. 2003/696, T. 09.10.2003, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

114 Zeynep Reva, "Kişisel Sağlık Verilerinin Gizliliği", Tıbbi Uygulama Hataları içinde (249-254), Oğuz Polat (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 249-253.

115 Ayan, s. 162-163.

116 Aydın Akgül, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve

Danıştay'a göre bilgi edinme hakkı kapsamında hasta dosyası, epikriz ve ölüm raporu gibi sağlık verilerinin davacı hasta veya hasta yakınlarına süresinde verilmemesi, organizasyon kusuru olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda salt hizmet kusuru olmadığı gerekçesiyle davayı reddeden idare mahkemesi kararları bozulabilmektedir.[117]

Sağlık hizmetleri kapsamında hastaların kişisel sağlık verilerinin yoğun olarak işlenmesi ve muhafaza edilmesi nedeniyle, hastaların kişisel sağlık verilerinin korunması bakımında idarenin ve veri sorumlularının hukuki sorumluluğu doğabilmektedir. Hassas veri niteliğinde olan kişisel sağlık verilerinin korunmasının anayasa ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde temel bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir.[118]

Yasal düzenlemelerde kişisel sağlık verisi açısından bir tanım yapılmasıyla yetinilmiş olup, ilgili verilere dair unsurlar veya nitelikler sınırlı sayılan bir nitelikte belirtilmediği için tanıma uymak şartıyla kavramın geniş bir şekilde işlev görmesi sağlanmıştır. Bu kapsamda kişilerin sağlık durumuna ilişkin tıbbi tanı kapsamındaki semptomlar, tanılar, konsültasyonlar, muayene bulguları, istatistikler ve sağlık amaçlı kullanılan her türlü biyometrik veri (avuç içi izi, parmak izi, yüz, retina, iris, DNA yapısı, vücut kokusu, kulak, imza, yürüyüş biçimi vb.) kişisel sağlık verisi kapsamında değerlendirilebilmektedir.[119]

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

- Yasal istisnalar haricinde hastaya ait bilgilerin saklanmaması kişilik haklarının ihlalidir.[120]
- Hastanın kişisel sağlık verilerinin çelişkili tutulması ve hastaneye bırakılan numunelerin muhafaza edilmemesi,[121]

Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 20, S. 1, s. 290-291.

117 Danıştay 15. D, E. 2014/5076, K. 2015/2184, T. 15.04.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

118 Durmuş, s. 67.

119 Durmuş, s. 69.

120 Danıştay 10. D, E. 1994/5314, K. 1996/294, T. 31.01.1996, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

121 Danıştay 15. D, E. 2013/4071, K. 2014/2431, T. 03.04.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

- Tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesi,[122]
- Hasta dosyasının kaybedilmesi,[123]
- Sağlık hizmetine dair kayıtlarda eksiklik, yapılan tedavinin kayıt altına alınmaması.[124]

3. İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu, anayasa[125] ve kanunlarda idareye verilen görevler doğrultusunda idarenin yürüttüğü kamusal faaliyetler neticesinde meydana gelen zararlar ile bu faaliyetlere yönelik tesislerden meydana gelen zararlar ve bu tesislerin kurulması ve işletilmesinden kaynaklanan zararlara yönelik sorumluluktur.[126]

Anayasa Mahkemesi'ne göre "*yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel haklar, devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yükleyen haklardandır. Devlet, kişiyi bedenen ve ruhen her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten muhafaza etme yükümlülüğü altındadır*".[127]

Anayasa'nın sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlıklı 56. maddesinde "*devlet, …sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir…*" hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda sağlık hizmetlerinin sunumunda devlet tekeli bulunmayıp, karma bir sistem uygulanmaktadır.[128]

Anayasa'nın ilgili hükmü gereğince idarenin sağlık hizmetleri alanındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için öncelikle ülke

---

122 Danıştay 10. D, E. 2007/305, K. 2009/9183, T. 27.10.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

123 Danıştay 10. D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, T. 29.04.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

124 Danıştay 10. D, E. 2007/305, K. 2009/9183, T. 27.10.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

125 Anayasa'nın 125. maddesi gereğince "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır". Bunun yanında 129. madde gereğince "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir".

126 Yıldızhan Yayla, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk içinde (45-59), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 47.

127 Anayasa Mahkemesi, E. 2007/78, K. 2010/120, T. 30.12.2010, www.anayasa.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

128 Tokalı, s. 21.

sathında teşkilatlanma, personel istihdam etme ve tesis, araç gereç tedarikini sağlaması gerekmektedir. Bu kapsamda ilgili yükümlülüğün organizasyon yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.[129] Bunun yanında Danıştay'ın bir kararında da organizasyon sorumluluğuna dair hüküm verildiği görülmektedir: *"idare kendisine verilen sağlık hizmetlerinin idamesi için öncelikle gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün ayni, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlüdür"*.[130] Organizasyon sorumluluğu kapsamında sadece sağlık hizmetinin kurulması yeterli olmayıp, bu hizmetlerin gereği gibi işletilmesi de gerekmektedir: *"halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak olan tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla görevlidir"*.[131]

Yaşam hakkı ve sağlık hakkı kapsamında devletin kişilerin sağlıklarının ve yaşamlarının korunmasına yönelik önlemler alması ve sağlık kuruluşlarının uyması gereken standartlar konusunda düzenleme ve denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır.[132] Diğer yandan sağlık üzerinde birçok faktörün etkili olması nedeniyle, sağlık hakkı kapsamında devletin kişilerin sağlığını garantileme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu kapsamda devletin yükümlülüğü, kişilerin sağlık hakkından yararlanabilmeleri için gerekli olan mal, hizmet, tesis, hizmet ve şartların sağlanması çerçevesinde değerlendirilmektedir. Zira sağlık hakkı koşulsuz ve sınırsız bir hak olarak değil, kişilerin optimum sağlık düzeyine ulaşabilmesi olarak değerlendirilmelidir.[133]

Anayasa'nın 65. maddesinde *"devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir"* hükmüne yer verilmiştir. Madde hükmüyle idarenin sorumluluğunun mali kaynaklar ölçüsünde belirlenebileceği belirtilerek, sorumluluğun alanının sınırlandırıldığı görülmektedir. Diğer yandan sağlık hizmeti

---

129 Yasin, s. 245.
130 Danıştay 12. D, E. 1967/2767, K. 1968/2118, T. 18.11.1968, (Erişime kapalı).
131 Danıştay 10. D, E. 1994/3258, K. 1995/2379, T. 03.05.1995, (Erişime kapalı).
132 Durmuş Tezcan ve Diğerleri, İnsan Hakları El Kitabı, 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 81-82.
133 Dilara Yüzer Eltimur, "BM İnsan Hakları Belgeleri Çerçevesinde Devletin Sağlık Hakkından Doğan Sorumluluğu", *Tıp Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, s. 142.

gibi en temel kamu hizmetlerinden birisinde, hizmet sunumu açısından mali kaynakların tahsisi açısından öncelikli alanların gözetilmesi önem taşımaktadır.[134] Bunun yanında Danıştay'ın eğiliminin, sağlık hizmetlerinin kurulmaması veya yeterli donanımla kurulmaması durumlarında idarenin sorumluluğunu kabul etmeme yönünde olduğu görülmektedir.[135] Bu kapsamda ilgili anayasa maddesinin Danıştay'ca dar yorumlandığı görülmektedir.

Meydana gelen zararın, idarenin eylem veya işlemi dışında başka bir sebebin kısmen veya tamamen etki etmesi halinde, idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin veya ilgili sebebin oranında ortadan kalkmaktadır. İlliyet bağının tamamen kesilmesi, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.[136] İdarenin sorumluluğunu, illiyet bağının kesilmesi nedeniyle azaltan veya tamamen kaldıran nedenler: beklenmeyen hal, mücbir sebep, 3. kişilerin kusuru, zarar görenin kusuru ve şahsi kusurdur.[137] Bu durumlarda somut olayın özelliklerine göre organizasyon kusurunun tespit edilmesi gerekmektedir.

3.1. Kusur Sorumluluğu

Öğretide sağlık hizmetlerinin bünyesinde taşımış olduğu risk ve sosyal devlet anlayışının bir uzantısı olarak sağlık hizmetlerinde ağır kusurun aranmaması, hatta idarenin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır.[138] Organizasyon kusuru bulunması halinde hastanenin kusurlu bulunduğuna dair karine bulunmaktadır. Bu durumda ispat külfeti hekim ve hastaneye yüklenmektedir.[139]

Danıştay'ın mevcut uygulamasında, organizasyon kusuru açısından basit hizmet kusuru yeterli görülmektedir:[140]

---

134 Kılıç Öztürk, s. 237.
135 Danıştay 15. D, E. 2014/9526, K. 2015/5774, T. 08.10.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
136 Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. 2, 2. baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2003, s. 1221.
137 Tokalı, s. 212.
138 Özge Karaege, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2001, C. 8, S. 2, s. 123.
139 Hakeri, s. 1078.
140 Akgül, s. 289.

"…idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan ağır hizmet kusuru, riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup, sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır".[141]

Danıştay, sağlık hizmetleri alanında idarenin sorumluluğunun tespitine giderken ikili bir ayrım yaptığı görülmektedir. Bu kapsamda tıbbi müdahaleler ile tıbbi müdahale kapsamı dışındaki durumlar ayrı değerlendirilmektedir. Bu ayrıma istinaden, tıbbi müdahaleler açısından ağır hizmet kusuru arama eğilimindeyken; tıbbi müdahale kapsamı dışındaki sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi olarak nitelendirilebilecek olan organizasyon sorumluluğu açısından ise basit kusur yeterli görülmektedir.[142]

Yukarıda belirtilen Danıştay kararında da görüleceği üzere, Danıştay'ın tıbbi müdahale kapsamında olmayan fakat sağlık hizmetleri alanında kabul edilebilecek birtakım uygulamaları yan müdahale olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Kullanılan yan müdahale kavramının ne mevzuatta bir tanımı ne de Danıştay'ca belirlenmiş bir kriteri bulunmadığı görülmektedir.[143] Bu açıdan basit kusurun dahi yeterli görüldüğü yan müdahaleler konusundaki belirsizlikler, verilen kararları eleştiriye açabilecek bir nitelik taşımaktadır.

3.2. Kusursuz Sorumluluk

Sağlık/tıp hukuku açısından esas olan kusur sorumluluğu olup, kusursuz sorumluluk her hal ve şartta uygulanamamaktadır.[144] Diğer yandan kusursuz sorumluluk halleri genel olarak organizasyon sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir.[145]

---

141 Danıştay 10. D, E. 2005/3719, K. 2007/4316, T. 24.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

142 Çelik, s. 307.

143 Çelik, s. 310.

144 Hakeri, s. 944.

145 Ramazan Çağlayan, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu içinde (117-133), Cem Baygın ve Diğerleri (Ed.),

Kusursuz sorumluluk, idarenin kusura dayanmayan eylem ve işlemleri neticesinde meydana gelen zararlardan dolayı idarenin sorumlu tutulmasıdır. Kusursuz sorumluluk, risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında kabul edilmektedir.[146]

Anayasa'nın 125/7. maddesinde *"idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür"* hükmüne yer verilmiştir. İlgili hükümde idarenin sorumluluğuyla ilgili olarak ne hukuki rejim ayrımı ne de kusurlu-kusursuz sorumluluk ayrımı yapılmamıştır. Bu kapsamda ilgili hükmün idarenin hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu kapsamında dayanak kabul edilmesi mümkündür.[147]

Organizasyon sorumluluğu kapsamında, kişilerin idarenin kusurundan kaynaklı olarak zarar gördüğü konusunda şüphenin bulunması vb. durumlarda, kişilerin veya yakınlarının elem ve üzüntüsüne neden olan durumlarda uygun illiyet bağı kurulamasa dahi manevi tazminata hükmedilebilmektedir.[148]

Danıştay, ameliyat masası ısıtıcısının arızalanarak fazla ısı vermesi neticesinde hastanın vücudunda yanma meydana gelmesi durumunu beklenmeyen hal olarak nitelediği ve kusursuz sorumluluk kapsamında idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerektiğine karar vermiştir:

"…hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiğinden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu sebeple beklenmeyen haller sebebiyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu *kapsamında değerlendirilmesi gerekir"*.[149]

İlgili Danıştay kararının organizasyon sorumluluğu kapsamında kabul edilmiş bir kusursuz sorumluluk hali olduğu ortadadır. Diğer yandan bu kararın, hizmet sorumluluğu açısından da kusursuz sorumluluğun kabul edildiği şeklinde anlaşılmaması gerekmektedir.

Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 130 vd.

146 Gözler, s. 1071.

147 Cüneyt Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1989, s. 197.

148 Danıştay 10. D, E. 2008/9936, K. 2012/3091, T. 26.06.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

149 Danıştay 10. D, E. 2004/9232, K. 2007/2720, T. 18.05.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay'ın tıbbi müdahalelere ilişkin hizmet sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğunu arama eğilimi devam etmekte olup, genel yaklaşımın değiştiğine dair herhangi bir emare bulunmamaktadır.[150]

Danıştay'a göre yürütülen sağlık hizmeti kapsamında ambulans veya helikopterle yapılan ve beklenmeyen bir nedenle meydana gelen kazalarda, uygun nedensellik bağının bulunması halinde, özel ve olağan dışı zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.[151]Danıştay, oksijen tüpü kontrolü yaparken, tüpün başlığındaki flowmetrenin patlaması sonucu sağlık teknisyeninin sol gözünün görme yetisini kaybetmesi olayında, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmiştir.[152]

4. Sağlık Bakanlığının Sorumluluğu

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesi, Hususi Hastaneler Kanunu'nun 33. maddesi ve Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kararname'nin 2. maddesinde Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetlerine dair yetki ve sorumlulukları detaylıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda sağlık hizmetlerinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi, işletilmesi; istisnalar hariç olmak üzere diğer kamu veya özel hukuk gerçek/tüzel kişilerince sunulan sağlık hizmetlerinin denetlenmesi açısından yetki ve sorumluluk Sağlık Bakanlığı'na aittir.[153]

4.1. Mevzuat Hükümleri

4.1.1. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik ile ülke genelinde kaliteli, verimli ve dengeli sağlık hizmetlerinin sağlanması amacıyla, ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel[154] sağlık kuruluşlarının yapılandırılması, ruhsatlandırılması, de-

---

150 Çelik, s. 321; 329.

151 Tokalı, s. 140.

152 Danıştay 10. D, E. 2005/8187, K. 2007/4439, T. 28.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

153 Tokalı, s. 38.

154 "Kamu kurumlarına ait sağlık kuruluşları: özel kanunlarına göre bu Yönetmelik

netlenmesi, faaliyetlerine son verilmesi ve diğer hususlar düzenleme altına alınmıştır (m. 1).

- Sağlık kurum ve kuruluşlarının planlanması (m. 9),
- Yer seçimi (m. 10-11),
- Bina durumu (m. 12),
    - Zorunlu hizmet birimleri (m. 12/A),
    - Merdiven, koridor, jeneratör ve asansörler (m. 12/B),
    - Isıtma, havalandırma, aydınlatma ve diğer alanlar (m. 12/C),
    - A tipi polikliniklerde bulunması zorunlu tıbbi hizmet birimleri ve diğer alanlar (m. 12/Ç),
    - Muayenehane standardı ve açılması (m. 12/D),
- Ruhsat başvurusu ve ruhsatname (m. 13),
- Sağlık kuruluşlarının çalışma usul ve esasları (m. 21-26),
- Sağlık kuruluşlarının kayıtları, bilgilendirme ve tanıtım ve sağlık kuruluşları isimleri (m. 27-30),
- Denetim[155] ve ruhsatnamenin geri alınması (m. 31-33),
- Konaklama tesislerinde uygulanacak sağlık hizmetleri (Ek madde 2),
- Havaalanı ve gümrüklü alanlardaki sağlık üniteleri (Ek madde 3).

4.1.2. Özel Hastaneler Yönetmeliği

Özel Hastaneler Yönetmeliği ile ülke genelinde kaliteli, verimli ve etkin sağlık hizmetlerinin sağlanması amacıyla, özel[156] hastanelerin te-

---

kapsamındaki sağlık kuruluşlarını açmaya yetkili kamu kurumlarınca açılacak (Ek ibare: RG-30/1/2015-29252) poliklinik ve tıp merkezleri, ilgili mevzuattan kaynaklanan muafiyetleri saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelikte öngörülen planlamaya, sağlık insan gücü kriterlerine, bina, fizik yapı, tesis ile tıbbi donanım ve hizmet standartlarına uyar" (m. 35/1).

155 Denetim başlıklı 32. madde, "Danıştay On Beşinci Dairesi'nin 28.2.2018 tarihli ve E.:2014/9330; K.:2018/2154 sayılı kararı ile iptal fıkra; Danıştay İDDK'nın 30/10/2019 tarihli E.:2018/2474, K.:2019/4807 sayılı Onama kararı ile mezkûr karar kesinleşmiştir" (m. 32/1).

156 Vakıf üniversitelerine ait hastaneler ve vakıf üniversiteleri ile özel hastane iş birliği: "Vakıf üniversitelerine ait hastaneler ilgili mevzuattan kaynaklanan muafiyetleri saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelikte öngörülen planlama, ön izin ve ruh-

sis, personel ve hizmet standartlarının belirlenmesi, sınıflandırılması, sınıflarının değiştirilmesi, teşkilatlandırılması, açılması, faaliyetleri, kapatılması ve denetlenmesine dair usul ve esaslar düzenleme altına alınmıştır (m. 1).

- Poliklinik hizmetleri (m. 38),
- Acil hizmetler (m. 39),
- Ambülâns hizmetleri (m. 40),
- Eczane hizmetleri ve nöbetleri (m. 41),
- Tıbbi donanım ve bulundurulması zorunlu ilaçlar (m. 43-44),
- Tıbbi kayıt ve arşiv, faturalandırma ve hastaya verilecek belgeler (m. 48-52),
- Yatak sınıfları, gündelik yatak ücretleri, kıyafet ve kimlik kartı, reklam ve tanıtım (m. 53-61),
- Denetim, faaliyet durdurma, ruhsatın geri alınması, yasaklar, müeyyideler, grup ve tür değişikliği ve devir (m. 62-69),
- Özel hastanelerin temel özellikleri ve kadroları (m. 5-7),
- Kuruluş ve bina altyapı standartları (m. 8-10),
- Başvuru ve ruhsata esas belgeler, başvurunun incelenmesi ve ruhsatlandırma (m. 13-15),
- Personel standartları (m. 16-19),
- Hizmet ve fiziki altyapı standartları,
    - Hizmet üniteleri ve nitelikleri (m. 20-30),
    - Diğer birim ve alanları (m. 31-37),

Meydana gelen organizasyon kusurları genel olarak aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır:

- İlçede bulunan ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı en büyük sağlık kuruluşunda kan naklinin yapılamıyor olması,[157]

---

satlandırma şartları ile sağlık insan gücü kriterlerine, bina, fizik yapı, tesis, tıbbi donanım ve hizmet standartlarına uyar" (Ek madde 8/1).

157 Danıştay 15. D, E. 2013/3990, K. 2014/3507, T. 07.05.2014, www.uyap.gov.tr

- Yoğun bakımda tedavi gören ve ameliyat edilmeyi bekleyen hastanın malzeme temin edilemediği gerekçesi ile başka hastaneye sevk edilmesi suretiyle sağlık hizmeti vermekten kaçınılması,[158]
- Kamu sağlığının korunması görevi bulunan Sağlık Bakanlığı'nın, meydana gelen önceki vakalardan haberdar olmasına rağmen, ilgili hastalığa yönelik (kuduz) gerekli tedbirlerin almaması, gerekli organizasyon ve koordinasyonun sağlanmaması,[159]
- Yeterli sayıda ve nitelikte personel bulundurulmaması nedeniyle ambulans hizmetinin verilmemesi veya geç verilmesi,
- Hastanelerde yer bulunamadığı gerekçesi ile hasta sevkinin yapılamaması.[160]

4.2. Sağlık Bakanlığının Denetim Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinin asli sahibi ve nihai sorumlusu olan idarenin, denetim ve gözetim yetkisi ve bu kapsamdaki yaptırım uygulama yetkisi kapsamında, idare ile sağlık hizmetlerinin bağı tamamen kopartılmamıştır.[161] Sağlık hizmetlerinde hak ihlallerinin azaltılması amacıyla idare, ihlalleri azaltıcı ve engelleyici önlemler almalıdır. Bu kapsamda denetimlerin ihlallerin tekerrürünü azaltıcı bir nitelik taşıdığı görülmektedir.[162]

Yayla'ya göre, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluğunun esas kaynağı, sağlık personellerinin faaliyeti değil, idarenin bizzat yürüttüğü kendi işlem ve eylemleridir.[163] Bu kapsamda idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlali halleri organizasyon kusuru kapsamında değerlendirilmelidir.

(E.T.:10.02.2022).

158 Danıştay 10. D, E. 2008/116, K. 2012/425, T. 08.02.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

159 Danıştay 10. D, E. 2005/3916, K. 2008/12, T. 16.01.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

160 Hakeri, s. 1013.

161 Danıştay 15. D, E. 2013/5507, K. 2015/2024, T. 08.04.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

162 Yüzer Eltimur, s. 166.

163 Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, 1. baskı, Beta Basım Yayım, Ankara 2009, s. 363-364.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 62/1. maddesi gereğince özel hastaneler, "şikâyet, *soruşturma veya Bakanlıkça yapılacak olağan dışı denetimler hariç olmak üzere, Müdürlükçe oluşturulan bir ekip tarafından düzenli olarak denetlenir…"*. Diğer yandan, tıp merkezi, müessese, muayenehane, laboratuvar ve polikliniklerin denetimini düzenleyen, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in denetim başlıklı 32. maddesi Danıştay tarafından iptal edilmiştir.[164]

Güran'a göre, özel hastanelerde verilen sağlık hizmetleri doğrudan idare tarafından verilen bir kamu hizmeti olmayıp, idarenin gözetim ve denetimi altında verilen virtüel kamu hizmeti niteliğindedir.[165]Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı'nın özel hastaneleri denetleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle organizasyon kusurunun ortaya çıkması mümkündür. İdarenin denetimden kaynaklanan organizasyon kusurunun kabulü, sadece idarenin kusur sorumluluğunun varlığına dayandırılabilmektedir.[166] Diğer yandan özel hastanede meydana gelen zarar ile Sağlık Bakanlığı'nın denetim eksikliği arasında nedensellik bağı kurulamaması durumunda davanın adli yargıda açılması gerekmektedir.[167]

İdarenin denetim eksikliğinden kaynaklı organizasyon kusurunun bulunduğunun kabulü için meydana gelmiş olan zarar ile denetim eksikliğinin arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu kapsamda illiyet bağının kabulü açısından aşağıdaki şartlardan en az birinin bulunması gerekmektedir:

a) Denetimin yeterli periyotlarda yapılmaması,
b) Denetimin eksikliklerin tespitinde yetersiz kalması,
c) Denetimde belirlenen eksikliklerin giderilip-giderilmediğine dair denetim yapılmaması,
d) Denetim neticesinde uygulanması gereken yaptırımlar uygulanmaması veya geç uygulanması.[168]

---

164 Danıştay 15. D, E. 2014/9330, K.2018/2154, T. 28.02.2018; Danıştay İDDK, E. 2018/2474, K. 2019/4807, T. 30.10.2019, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
165 Bayındır, s. 562.
166 Avcı, s. 132-133.
167 Hakeri, s. 1014; 1018.
168 Serkan Çınarlı, "İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması", *Tıp Hukuku Dergisi*, 2016, C. 5, S. 10, s. 225.

4.2.1. Sağlık Turizmi

Tıbben uygulanan fakat belli bir hukuk düzeni tarafından yasaklanmış veya kısıtlanmış olan tıbbi uygulamaların serbestçe veya daha geniş çaplı sunulduğu bölgelere yönelik hasta hareketliliği bilinen bir gerçektir. Sağlık turizmi esasen yeni bir uygulama olmayıp, günümüzde sağlık turizminin kapsamına ve hastaların seçimine etki eden faktörlerde değişimler meydana geldiği görülmektedir.[169] Sağlık turizminin tercih edilmesinde hukuki kısıtlamaların yanında sağlık standardı, prestij, yasal avantajlar (doğum ile vatandaşlık alınması vb.), ve ekonomik etkenler (döviz kuru vb.) de etkili olmaktadır.

Sağlık Bakanlığı, sağlık turizmi ve turistin sağlığı[170] konularında önemli faaliyetler göstermekte ve hukuki düzenlemeler yapmaktadır. Bu kapsamda bakanlıkça 2017 yılında Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik[171]çıkartılmıştır. Yönetmeliğin 1. maddesinde amacın *"…uluslararası düzeyde sunulan sağlık hizmetlerinin asgari hizmet sunum standartlarının belirlenmesi, uluslararası sağlık turizmi hizmetlerinde faaliyet yürütecek sağlık kuruluşları ile aracı kuruluşların yetkilendirilmesi ve bu faaliyetlerin denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlemek…"* olduğu belirtilmektedir.

Yönetmeliğin amaç başlıklı 1. maddesi ve kapsam başlıklı 2. maddesinde belirtildiği üzere, Sağlık Bakanlığı'nın uluslararası sağlık turizmi alanında faaliyet gösterecek olan üniversite, kamu ve özel sağlık hizmeti sunucuları ile aracı kuruluşların yetkilendirilmesi ve denetlenmesi alanında organizasyon sorumluluğu bulunmaktadır.

4.2.2. Tele-tıp

Sağlık Bakanlığı'nın organizasyon sorumluluğu konusunda değinilmesi gereken bir diğer konu da tele-tıp uygulamalarıdır. Ülkemizde yapılan hukuki düzenlemeler daha çok 2015 yılında çıkartılan yöner-

---

169 Fulya İlçin Gönenç, "Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22/1, S. 3 (Cevdet Yavuz'a Armağan), s. 1173.

170 Turistin sağlığı kavramı ile sağlık turizmi farklı anlamlar taşımaktadır. Turistin sağlığı ile kastedilen sağlık dışında başka bir amaçlar farklı bir ülkede bulunan turistin, turizm faaliyeti süresince sağlık hizmetlerinden yararlanması olarak ifade edilmektedir. bkz. Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik, m. 2.

171 https://shgmturizmdb.saglik.gov.tr/Eklenti/28811/0/saglik-turizmi-yonetmelikpdf.pdf (E.T.: 08.02.2022).

geler kapsamında, arama kurtarma faaliyetlerinde uzaktan danışmanlık ve e-nabız (tele-tıp, tele-radyoloji) alanında yapılmıştır. Bu kapsamda yapılan düzenlemeler hem kapsayıcı olmaması hem de önemli bir konunun kanunla değil de yönergeyle düzenlenmesi açısından eleştirilere açıktır. Bu nedenle hukuki düzenleme bulunmayan alanlarda kişisel sağlık verilerinin güvenliği tehlike altındadır.[172]

Tele-tıp uygulamaları konusunda yeterli düzenleme bulunmaması nedeniyle hizmet sunucuları yeterli düzeyde denetlenmemektedir. Özellikle covid-19 pandemi sürecinde kullanım oranı yükselişe geçmiş olan tele-tıp uygulamaları alanında da kanun koyucunun yeni düzenlemeler yaparak alandaki boşlukları doldurarak asgari hizmet standartlarını tesis etmesi gerekmektedir.

Sonuç

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu kapsamında sağlık hizmetlerinin koruyucu, teşhis ve tedavi edici ve rehabilite edici olmak üzere üç temel yapıda tasnif edildiği görülmektedir. İlgili tasnif kapsamında devletin sağlık hizmetleri sunumu konusunda yükümlülüğünün henüz hastalık ve/veya maluliyetler ortaya çıkmadan önce başladığı görülmektedir. Gelişen teknoloji ve ulaşım olanaklarıyla birlikte uluslararası sağlık turizmi ve tele-tıp uygulamalarıyla birlikte, sağlık hizmetleri ulusal boyuttan ve fiziki sağlık tesislerinden sıyrılarak daha geniş bir yelpazeye yayılmıştır.

Ekip çalışması tıbbi uygulamalarda diğer alanlara nazaran daha fazla önem arz etmektedir. Bu kapsamda, ekip çalışması şeklinde icra edilen tıbbi müdahaleler açısından sadece hekimin sorumluluğun kabulü doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle meydana gelen zararlar hekim hatası olarak değil, tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilmelidir.

İdarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluğunun esas kaynağı, sağlık personellerinin faaliyeti değil, idarenin bizzat yürüttüğü kendi işlem ve eylemleridir. Bu kapsamda idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlali halleri organizasyon kusuru kapsamında değerlendirilmelidir.

---

172 Merve Çapacı ve Serdar Özkaya, "Covid-19 Pandemi Döneminde Tele-tıp Uygulamaları", *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, 2020, C. 25, S. 1, s. 260-261.

Sağlık personellerinin özen yükümlülüğü ihlalleri genel olarak hizmet kusuru, aydınlatma kusuru, üstlenme kusuru ve organizasyon kusuru alanlarında meydana gelmektedir. Literatürde bazı yazarlarca sayılan kusur hallerinin bütününü kapsayacak nitelikte uygulama hatası veya malpraktis kavramının kullanıldığı görülmektedir. Diğer yandan malpraktisin esasen uygulama hatası olduğu göz önüne alınacak olursa, sağlık personeli icrası dışında gerçekleşen zararların açıklanması açısından malpraktis olgusu yetersiz kalmaktadır. Bu açıdan organizasyon sorumluluğunun hizmet kusurundan bağımsız olarak salt bir sorumluluk türü olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Genel olarak malpraktis durumlarında mağdurun hasta olduğu görülmektedir. Diğer yandan organizasyon kusuru açısından tek mağdurun hasta olmadığı, ayrıca hasta yakınları, sağlık personelleri gibi hasta dışındaki 3. kişilerin de mağdur olabildiği görülmektedir. Bu durum, organizasyon sorumluluğunun sağlık hizmetlerindeki teşhis ve tedavi dışında kalan eylem ve işlemleri kapsamasının doğal bir sonucudur. Bu kapsamda kişiler evde sağlık hizmetleri, sağlık tesisi, olay yeri veya organizasyonun bir parçası olan ambülâns ve helikopterde sağlık hizmetinin alanına bir şekilde girdikleri anda organizasyon sorumluluğunun koruması kapsamına girmektedirler.

Danıştay’ın tıbbi müdahale kapsamında olmayan fakat sağlık hizmetleri alanında kabul edilebilecek birtakım uygulamaları yan müdahale olarak kabul ettiği görülmektedir. Diğer yandan yan müdahale kavramının ne mevzuatta bir tanımı ne de Danıştay’ca belirlenmiş bir kriteri bulunmadığı görülmektedir. Bu açıdan basit kusurun dahi yeterli görüldüğü yan müdahaleler konusundaki belirsizlikler, verilen kararları eleştiriye açabilecek bir nitelik taşımaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

Altundere Nazan, “Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi”, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 105-116.

Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

Çağlayan Ramazan, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Ed. Cem Baygın vd.), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, ss. 117-133.

Çelik Miraç, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, (Ed. Burak Öztürk vd.), C. 1. Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara 2020, ss. 305-331.

Çetin Gürsel, "Tıbbi Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, (Ed. Gürsel Çetin- Coşkun Yorulmaz), İstanbul Cerrahpaşa Hastanesi Yayınları, İstanbul 2006, ss. 31-42.

Çınarlı Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, 1. baskı, Orion Yayınevi, Ankara 2013.

Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. 2, Ekin Yayınları, Bursa 2003.

Hakeri Hakan, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, ss. 161-170.

Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özçelikay Gülbin, "Farmakovijilans ve Eczacı Sorumluluğunun Etik Boyutu", İleri teknoloji Tıbbı ve Hekim-Hasta İlişkisi, (Ed. Öztan Öncel vd.), Nobel Kitabevi, İstanbul 2007, ss. 335-347.

Özkan Hasan ve Akyıldız Sunay, Hasta ve Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Polat Oğuz, Tıbbi Uygulama Haraları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Reva Zeynep, "Kişisel Sağlık Verilerinin Gizliliği", Tıbbi Uygulama Hataları, (Ed. Oğuz Polat), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, ss. 249-254.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz ve Önok Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Ünver Yener, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, ss. 881-916.

Yasin Melikşah, "Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu I Bildiri Kitabı, Deniz Ofset Matbaacılık, İstanbul 2007, ss. 244-255.

Yayla Yıldızhan, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, ss. 45-59.

Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım Yayım, Ankara, 2009.

Yılmaz Mustafa, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, (Ed. Cem Baygın vd.), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, ss. 135-146.

Makaleler

Akgül Aydın, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 20, S. 1, ss. 269-302.

Atabek Reşat, "Hastanelerin Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, C. 60, S. 10-12, ss. 628-650.

Avcı Mustafa, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 1, ss. 105-140.

Bayındır M. Savaş, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 11, S. 1-2, ss. 551-589.

Çapacı Merve ve Özkaya Serdar, "Covid-19 Pandemi Döneminde Tele-tıp Uygulamaları", *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, 2020, C. 25, S. 1, ss. 260-262.

Çınarlı Serkan, "İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması", *Tıp Hukuku Dergisi*, 2016, C. 5, S. 10, ss. 207-227.

Durmuş Veli, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi*, 2021, C. 14, S. 1, ss. 67-76.

Gönenç Fulya İlçin, "Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3 (Cevdet Yavuz'a Armağan), ss. 1173-1184.

Karaege Özge, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2001, C. 8, S. 2, ss. 107-124.

Kılıç Öztürk Yasemin, "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu". *Ankara Medical Journal*, 2015, C. 15, S. 4, ss. 235-243.

Kızılyel Serkan, "Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, C. 3, S. 24, ss. 137-156.

Odyakmaz Zehra, "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 1, S. 5, ss. 1-56.

Öz Hüseyin ve Ertan Ayşegül, "Anestezide Hekim Hataları", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, 2009, S. Sonbahar, ss. 52-57.

Sarıca Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1949, C. 15, S. 4, ss. 858-895.

Uçar Akbulut Seda ve Akbulut Emre, "BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2012, C. 15, S. 1, ss. 261-279.

Yüzer Eltimur Dilara, "BM İnsan Hakları Belgeleri Çerçevesinde Devletin Sağlık Hakkından Doğan Sorumluluğu", *Tıp Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, ss. 139-186.

Tezler

Ozansoy Cüneyt, "Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1989.

Tokalı Muhammet, "Sağlık Kamu Hizmetinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli 2016.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 2004/114, K. 2007/85, T. 22.11.2007, www.anayasa.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Anayasa Mahkemesi, E. 2007/78, K. 2010/120, T. 30.12.2010, www.anayasa.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay 10. D, E. 1993/363, K. 1994/2502, T. 01.06.1994, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 1994/3258, K. 1995/2379, T. 03.05.1995, (Erişime kapalı).
Danıştay 10. D, E. 1994/5314, K. 1996/294, T. 31.01.1996, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 1995/7086, K. 1996/7534, T. 14.11.1996, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 1998/4977, K. 2000/380, T. 09.02.2000, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2001/2529, K. 2003/675, T. 25.02.2003, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2002/7073, K. 2004/1481, T. 09.02.2004, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2003/3146, K. 2006/5850, T. 20.10.2006, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2003/4153, K. 2006/5848, T. 20.10.2006, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, T. 19.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2004/8980, K. 2007/1054, T. 13.03.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2004/9232, K. 2007/2720, T. 18.05.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2005/3719, K. 2007/4316, T. 24.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2005/3916, K. 2008/12, T. 16.01.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2005/8187, K. 2007/4439, T. 28.09.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2005/8407, K. 2007/6526, T. 28.12.2007, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2006/994, K. 2009/622, T. 04.02.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2006/2391, K. 2009/8385, T. 02.10.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2006/5165, K. 2008/4726, T. 23.06.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2007/305, K. 2009/9183, T. 27.10.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, T. 29.04.2008, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2008/116, K. 2012/425, T. 08.02.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2008/2688, K. 2012/1006, T. 20.03.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2008/9936, K. 2012/3091, T. 26.06.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2009/822, K. 2009/11619, T. 31.12.2009, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 10. D, E. 2009/13975, K. 2010/2512, T. 31.03.2010, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 12. D, E. 1967/2767, K. 1968/2118, T. 18.11.1968, (Erişime kapalı).
Danıştay 15. D, E. 2013/3990, K. 2014/3507, T. 07.05.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/4067, K. 2014/5490, T. 17.06.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/4071, K. 2014/2431, T. 03.04.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/4129, K. 2014/3701, T. 15.05.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/4533, K. 2016/4374, T. 13.06.2016, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/5507, K. 2015/2024, T. 08.04.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/11488, K. 2018/3852, T. 17.04.2018, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2013/12676, K. 2014/5182, T. 12.06.2014, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2014/5076, K. 2015/2184, T. 15.04.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2014/5867, K. 2015/2320, T. 21.04.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).
Danıştay 15. D, E. 2014/9330, K.2018/2154, T. 28.02.2018, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay 15. D, E. 2014/9526, K. 2015/5774, T. 08.10.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay 15. D, E. 2015/2622, K. 2015/7990, T. 26.11.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay 15. D, E. 2015/6119, K. 2015/5733, T. 08.10.2015, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay 15. D, E. 2018/3131, K. 2019/1012, T. 21.02.2019, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay İDDK, E. 2000/1104, K. 2003/696, T. 09.10.2003, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Danıştay İDDK, E. 2018/2474, K. 2019/4807, T. 30.10.2019, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Yargıtay 12. CD, E. 2012/21700, K. 2012/23270, T. 07.11.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

Yargıtay 4. HD, E. 1976/327, K. 1976/11216, T. 22.12.1976, (Erişime kapalı).

Yargıtay 13. HD, E. 2012/7386, K. 2012/14143, T. 31.05.2012, www.uyap.gov.tr (E.T.:10.02.2022).

İnternet Kaynakları

http://www.anayasa.gov.tr (10.02.2022)

http://www.mevzuat.gov.tr (10.02.2022)

http://www.uyap.gov.tr (10.02.2022)

https://shgmturizmdb.saglik.gov.tr (08.02.2022).

TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ*

ANALYSIS OF THE REASONS FOR DIVORCES IN TURKISH LAW

Diren YEĞİN**

Özet: Boşanma, aile hukuku kapsamında detaylı olarak düzenlenmiş bir evlilik birliğinin sonlandırılması işlemidir. Evlilik birliğini sonlandırma isteğinin birçok sebebi olabilmektedir. Tarafların evlilikten kaynaklanan beklentilerinin gerçekleşmemesi, sevgi ve saygının azalması, iletişim problemleri, kültürel uyuşmazlıklar, kötü alışkanlıklar, maddi konularda yaşanan anlaşmazlıklar, evliliğin taraflara getirdiği sadakat yükümlülüğüne aykırılık bunlardan sadece bazılarıdır. Bu çalışmada 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu düzenlemelerinin yanı sıra doktrinde kabul edilen görüşler de aktarılmak suretiyle Türk hukukunda boşanma sebepleri genel bir çerçeve dahilinde incelenmiştir. Boşanma sebepleri, boşanmaya ilişkin usul kurallarına yer verilmeksizin, doğrudan uygulamadan örneklerle açıklanmıştır. Çalışmayla birlikte ilgili Kanun'daki düzenlemelerin yetersiz kalması hâlinde, boşanma sebeplerinin doktrindeki yaklaşımlarla geniş bir perspektifte yorumlanıp boşanma sonucuna bir şekilde ulaşılabileceği ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Evlilik, Boşanma, Boşanma Sebepleri, Dava

Abstract: Divorce is the process of revocation of a marriage union which is regulated in detail within the scope of the family law. There are many reasons for revocation of a marriage union. Not realizing the expectation of the other party, decrease in love and respect, communication problems, cultural conflicts, bad habits, conflict in financial matters and violation of loyalty are just some of them. In this work, the reasons for divorces in Turkish Law have been examined within a general frame by reflecting the ideas accepted in doctrine as well as the regulations of Turkish Civil Code No. 4721. The reasons for divorces have been explained by direct practical examples without including the rules of the procedures for divorce process. The current study explores that the reasons for divorce can be observed by broad evaluation of the approaches in doctrine when the regulations in the relevant law are insufficient for divorce process.

Keywords: Marriage, Divorce, Reasons for Divorce, Case

---

* Çalışma, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Avukat, İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, yegin.diren@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6974-7848;
Makalenin Gönderim Tarihi: 21.03.2022, Kabul Tarihi: 06.06.2022

GİRİŞ

Aile, insanın tabii olarak içinde yaşama ihtiyacı duyduğu ilk topluluk türüdür. Bu anlamda insan topluluğunun çekirdeğinin aile olduğu söylenebilir. Sosyolojik süreçlerin her aşamasında aile süreklilik arz eden bir ilişki olarak var olmuştur ve bu şekilde var olmaya devam edecektir. Gerek yürürlükte olan 2709 sayılı ve 1982 tarihli Anayasamıza gerekse günümüz aile yapısından dolayı ivedi olarak önem atfedilmesi gereken çocuk, kadın gibi bireylerin korunmasına yönelik mevzuata bakıldığında, aile kurumunun sağlıklı şekilde işleyişi için kanun koyucu tarafından çeşitli hükümler konulduğu görülmektedir. Bahsettiğimiz sağlıklı işleyişin tesisinde en genel anlamıyla esas alınacak madde, Anayasamızın 41. maddesidir.

Anayasamızın 41. maddesinde:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet ailenin huzur ve refahı ile ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk koruma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyan tedbirleri alır"

denilerek aile kurumunun ilerleyişinde genel kıstaslar belirlenmiş ve âdeta kurumsal bağlamda bir yol haritası ortaya konulmuştur.

Hukuk sistemimiz açısından ve sosyokültürel anlamda yadsınamayacak yoğunlukta değer verilen aile kurumunun yasal zeminini ise evlilik ilişkisi oluşturmaktadır. Evliliğin sonlandırılması, önemi gereği, ayrıca irdelenmesi gereken bir konudur. Bu bağlamda, söz konusu çalışmada, ağırlıklı olarak evliliğin sonlandırılmasının karşılığı olan boşanmanın sebepleri incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK BOŞANMA

Karı ve kocanın sağ oldukları durumda evlenmeyi sona erdiren normal hâl boşanmadır. Bu bakımdan boşanmayı, eşler hayattayken, kanunda öngörülmüş olan bir sebebe dayanarak, eşlerden birinin aça-

cağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmesi olarak tanımlayabiliriz.[1] Tanımdan da anlaşılabileceği üzere, boşanma davasının açılabilmesi için geçerli bir evliliğin kurulmuş ve davanın açıldığı tarihte devam ediyor olması gerekir. Boşanma ile ilgili farklı tanımlar da yapılmıştır. Aras boşanmayı, evliliğin kendisinden beklenen işlevi yerine getiremeyeceği hâllerde, evliliğe son verilmesini sağlayan yargısal bir yol şeklinde tanımlamıştır.[2] Yetik'e göre boşanma, evliliklerini gereği gibi sürdüremeyen, birlikte yaşayamayan, evlilikten beklenen her türlü faydayı sağlayamayan eşler için bir ihtiyaçtır.[3] Ceylan'a göre ise boşanma, evlenme anında mevcut olmayan bir sebebe dayanarak açılacak yenilik doğuran dava neticesinde verilen ilam ile evliliğe geçmişe etkili olarak son verilmesidir.[4]

Türk Medeni Kanunu (TMK) boşanmaya imkân veren sebepleri altı madde hâlinde düzenlemiştir (madde 161-166). Bu sebepler değişik sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Bir kısım sebepler davalının kusuruna bağlı olduğu hâlde, diğerlerinde kusurun bulunması aranmamaktadır. Bir kısım sebeplerde evlilik birliğinin çekilmez hâle gelmesi arandığı hâlde, diğerlerinde aranmamaktadır. Evlilik birliğinin çekilmez hâle gelmesi şartını arayan sebeplere nisbî boşanma sebebi; evlilik birliğinin çekilmez hâle gelmesi şartının aranmadığı boşanma sebeplerine ise mutlak boşanma sebebi denilmektedir. Bazı boşanma sebepleri kanunda özel olarak düzenlendiği için bunlara özel boşanma sebebi denilirken; TMK madde 166'da düzenleme bulmuş olan evlilik birliğinin sarsılması ise boşanmanın genel sebebi olarak adlandırılmaktadır. Bu ayrımlar, boşanma davası açmak isteyen eşin dayanması gereken boşanma sebebini belirlemesini sağlar. Ayrıca, söz konusu ayrımlar, ispat ölçüsünün ve kimi zaman boşanma talebinde bulunan eşin, boşanma davası açma imkânına sahip olup olmadığının tespiti noktasında önem arz etmektedir.[5]

---

1 Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Aile Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2003, s. 213.

2 Bahattin Aras, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 28.

3 Nurten Yetik, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2005, s. 5.

4 Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 7.

5 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş; Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 9. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 103.

II. BOŞANMANIN ÖZEL SEBEPLERİ

A. Zina Sebebiyle Boşanma

1. Kavramsal Olarak Zina ve Zinanın Şartları

TMK m. 161'de düzenlenmiş olan zina, kusura dayalı, mutlak ve özel bir boşanma sebebidir. TMK, sadece zinanın bir boşanma sebebi olduğunu belirtmekle yetinmiş, tanımını vermemiştir. Genel olarak zina, "*eşlerden birinin, evlilik birliği devam ederken, karşı cinsten bir kişiyle isteyerek cinsi münasebette bulunması*" şeklinde tanımlanmaktadır.[6]

Kanun koyucu, evlilik birliğinin genel hükümlerini düzenlediği TMK m. 185/3'te, eşlere birbirlerine karşı sadık olma yükümlülüğü yüklemiştir.[7] Sadakat yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülük, esas işlevini evlilik birliğinin devamını sağlama noktasında göstermektedir.[8] Bu yükümlülük, eşlerin birbirlerine olan manevi bağlılıklarının ihlal edilmesine yasak getirmektedir.[9] Bu açıdan sadakat yükümlülüğüne aykırılığın bir yönünü de zina eylemi oluşturmaktadır.

Zinadan söz edebilmek için, eşin isteyerek cinsi münasebette bulunması yani kusurlu olması gerekir. Ayrıca zinaya konu eylemleri gerçekleştiren eşin eşcinsel ilişkisi hâlinde, bu durum zina boşanma sebebi olarak ileri sürülemeyecektir. Çünkü bu durumda doktrin ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak kabul gören *"karşı cinsten bir kişiyle cinsi münasebette bulunma"* unsuru sağlanamamaktadır. Ancak bu hâlin de bir sadakat yükümlülüğü ihlali olması sebebiyle ve evlilik birliğinin zina sonrası devam ettirilemeyeceği kabulüne dayanılarak farklı bir sebeple boşanma imkânı bulunmaktadır. Böyle bir durumda

6 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş; Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 9. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 104.

7 Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 207-208. Türk Medeni Kanunu madde 185/3: "Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar".

8 Bilgehan Çetiner, "Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, sa. 513-528, s. 515.

9 İsmail Dede, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 3, sa. 643-664, s. 646. Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü, evliliğin kurulmasıyla başlayıp evlilik birliğinin herhangi bir nedenle (iptal, ölüm, boşanma gibi) sona ermesine kadar devam eden bir yükümlülüktür. Ayrılık kararı verilmesi veya eşlerin fiilen ayrı yaşamaları ya da boşanma davası açılmış olması sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

zina eylemiyle sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eşe karşı TMK m. 163'te düzenleme bulan *"haysiyetsiz hayat sürme"* sebebiyle boşanma davası açılabilecektir.

Zinanın boşanma sebebi olması için, kadın veya erkek eş fark etmeksizin, bir defa evlilik dışı üçüncü bir kişiyle cinsi münasebette bulunulması yeterlidir. Evlilik dışı cinsi münasebetin bir defa gerçekleşmesini yeterli bulan yürürlükteki hukuk sistemimizin aksine, 1996 yılında eski Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 441'in Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine kadar zina bir suçtu ve zinanın suç oluşturması yönünden farklı bir düzenleme mevcuttu.

Eski TCK m. 440, evli kadının zina suçunu işlemiş sayılması için, bir defalık evlilik dışı cinsi münasebette bulunmasını yeterli görmekteydi. Evli erkeğin zina suçunu işlemiş sayılmasında ise eski TCK m. 441, erkeğin zinasını suç olmaktan çıkarmak istercesine daha ağır şartlara bağlayarak:

"karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka bir yerde karı koca gibi geçinmek için başkasıyla evli olmayan kadını tutarsa"

şeklinde bir düzenleme getirmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin 23.09.1996 tarihli, 1996/15 E., 1996/34 K. numaralı ve 27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan kararıyla zina suçunun evli erkek ve kadın yönünden farklı düzenlenmesini 1982 Anayasası m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Eşitlik ilkesine aykırılık ise bahse konu kararda belirli gerekçelere dayandırılmıştır.[10]

---

10 Anayasa Mahkemesi'nin Esas No: 1996/15, Karar No: 1996/34 sayılı ve 23.09.1996 tarihli kararı (27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete): "Kadının zinasına ilişkin 440. maddede zina suçunun oluşması için kadının tek bir eylemi yeterli görüldüğü hâlde 441. maddede, kocanın eyleminin zina suçunu oluşturması için '…karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan kadını tutmak…' koşulunu aramaktadır. Ayrıca karının zinasında, buna ortak erkeğin evli olup olmamasının suçun oluşması yönünden bir önemi olmadığı hâlde, kocanın zinasında bu husus önemli bir öge olarak ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucu bu düzenlemesiyle kadın yönünden basit zinayı, koca yönünden ise belirli bir biçimde ortaya çıkan eylemi zina saymaktadır.
Kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için, kadının zinasında aranılmayan kimi koşul ve ögelerin aranması, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına gelir. Evlilik birliği içinde kocaya bu tür bir üstünlük tanınmasının hak-

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, ataerkil bir yaklaşımdan hareketle erkeği kadından üstün tutan, erkek yanlı hüküm geliştiren kanun tekniğine ve anlayışına karşı çıkmış, neticede isabetli bir karar vermiştir. Maddi ceza hukuku alanındaki bu olumlu gelişmenin bir yansımasının özel hukuk alanında da *"kadın veya erkek eş fark etmeksizin zinanın bir defa gerçekleşmesi"* şeklinde boşanma sebebi olarak kabul edilmesi, hukuk sistemimiz açısından ulaştığımız seviye bağlamında büyük önem taşımaktadır.

Evlenmenin yapılmasından itibaren, butlan kararının (evlenmenin geçersizliği kararının) kesinleşmesine kadar olan sürede, eşlerden birinin evlilik dışı cinsi münasebette bulunması hâlinde de zina vardır. Aynı şekilde eşlerin, ayrılık kararı sonucunda ayrı yaşıyor olmaları hâlinde dahi, eşin dışında bir kimseyle cinsi münasebet zina sayılacaktır.

Zina mutlak bir boşanma sebebi olduğundan dolayı tespiti sağlandığı zaman hâkim boşanmaya karar vermelidir. Ayrıca zinanın evlilik birliğini temelden sarsmış olup olmadığı hususu araştırılmamalıdır.

---

lı bir nedeni yoktur. Çünkü karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile kocanın arasında bir fark bulunmamaktadır. Bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmaması, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayrımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar. Yasa koyucu kuşkusuz toplumsal gelişme özelliklerini göz önünde bulundurarak, zinayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara bağlayabilir. Ancak bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayırım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştiremez." Bu iptal kararının yayımlanmasının ve yürürlüğe girmesinin ardından yeni düzenleme getirilememesi sebebiyle kanun sistematiği içerisinde bir boşluk oluşmuştur. Eski TCK m. 440 hâlâ yürürlükte olduğu için, kadının zinası suç olmaya devam etmiş ancak eski TCK m. 441 yürürlükten kalktığı için erkeğin zinası suç olmaktan çıkmıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi, bu durumun da eşitlik ilkesine aykırı olduğunu tespit ederek, kadının zina suçunu düzenleyen eski TCK m. 440'ı da Esas No: 1998/3, Karar No: 1998/28 sayılı ve 23.06.1998 tarihli kararı (13.03.1999 tarih ve 23638 sayılı Resmî Gazete) ile iptal etmiştir. İlgili karar şu şekildedir: "…Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağı öngörülmüş, kocanın zinasını suç sayan 441. maddesi ise Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Böylece, kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Maddenin iptali gerekir".

2. Dava Hakkının Düşmesi

Zina sebebiyle boşanma davası açma hakkı iki hâlde düşer. Bunlar; hak düşürücü sürenin geçmesi ve af'tır.

a. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

TMK m. 161/2'de iki hak düşürücü süre düzenlenmiştir. Birinci süre eşin zinasının diğer eş tarafından öğrenilmesinden itibaren altı aydır.[11] İkinci süre ise zina eyleminden itibaren beş yıldır. Hükme göre eş, diğer eşin zinasını beş yıl içerisinde ne zaman öğrenmişse o andan itibaren altı ay içerisinde dava açmak zorundadır. Ancak herhâlde toplam süre beş yılı aşmamalıdır. Aksi hâlde, bahse konu beş yıllık sürenin hak düşürücü süre olması sebebiyle dava açma hakkı sona erecektir. Aynı zamanda düzenlemede yer alan sürenin hak düşürücü süre olması, sürenin hâkim tarafından resen dikkate alınmasını da gerektirmektedir.

Zina sebebi ile boşanma davası açma hakkı kanunen belirlenen hak düşürücü sürenin geçmiş olmasından dolayı düşse dahi, zina evlilik birliği içerisinde geçimsizliğe sebep oluyorsa TMK m. 166'ya dayanılarak *"evlilik birliğinin temelinden sarsılması"* sebebiyle boşanma davası açılabilecektir.

b. Af

TMK m. 161/3'e göre: "*Affeden tarafın dava hakkı yoktur*". Kural olarak affın zinanın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkması gerekir. Eşin, diğer eşin zinasına önceden rıza göstermesi gibi bir varsayım ise çeşitli tartışmaları gündeme getirmektedir. Saymen/Elbir gibi bir kı-

---

11 Yargıtay 2. HD, Esas No: 2020/6056, Karar No: 2021/222 sayılı ve 14.01.2021 tarihli kararı: "Zina (TMK m. 161) hukuksal sebebine dayanan boşanma davalarında yasada öngörülen altı aylık hak düşürücü süre, süre gelen eylemlerde, son eylemin bittiği tarihten itibaren başlar. Davalı-karşı davacı kadın, her ne kadar erkeğin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışını 2012 yılının Haziran ayında öğrenmiş olsa da davacı-karşı davalı erkeğin bir başka kadınla birlikte yaşamasının devamlılık arz ettiği ve bu birliktelikten 2014 doğumlu çocuğu olduğu, tanık beyanları ve davalının nüfus kaydı içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda, zina için öngörülen altı aylık sürenin son eylem tarihinden başlayacağı düşünülmeden, olayın tek eylem gibi değerlendirilip, zina (TMK m. 161) hukuki sebebine dayanan boşanma davasının kabulü koşulları oluşmuş olmasına rağmen, hak düşürücü sürenin 2012 yılından itibaren başlayacağının kabulü ve bu nedenle davanın hak düşürücü süreden reddedilmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir".

sım yazarlar, bu durumu affın kapsamına dâhil etmektedirler. Baskın görüşü oluşturan yazarlar ve Yargıtay ise Kanun'da doğrudan bir hüküm bulunmadığından ve zinaya rıza göstermenin ahlaka aykırı olacağından hareketle, olası bir rızanın af kapsamına girmeyeceği ve eş razı olsa bile zina sebebiyle boşanma davası açabileceği görüşündedirler.[12] Ancak eş, zinaya sadece razı olmakla kalmayıp ayrıca teşvik de etmişse bundan sonra açılacak zina davasının hakkın kötüye kullanılması sebebiyle reddi gerekir.[13]

B. Hayata Kast, Pek Kötü Muamele ya da Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Boşanma

TMK m. 162'de[14] yer alan hayata kast, pek kötü ya da onur kırıcı davranış, mutlak, kusura dayalı bir özel boşanma sebebidir.

Hayata kast, pek kötü ya da onur kırıcı davranışın gerçekleşmesi ile hâkim tarafından evlilik birliğinin çekilmez hâle gelip gelmediği şartını araştırmaya gerek kalmaksızın, boşanma kararı verilebilecektir. Diğer bir deyişle, bu bir mutlak boşanma sebebidir. Doktrindeki hâkim görüşe rağmen aksi düşünceler de bulunmaktadır. Tekinay›a göre cana kast bir mutlak boşanma sebebi olmasına karşılık, zulüm ya da işkenceyle namus veya şerefin ihlali hâllerinde, ortak hayatın çekilmez hâle gelip gelmediğinin araştırılması gerekmektedir.[15] TMK m. 162'de üç ayrı boşanma sebebinden söz edilmektedir.

---

12 Yargıtay 2. HD, 7156/1754 sayılı ve 01.04.1949 tarihli kararı; Yargıtay HGK, 607/197 sayılı ve 11.03.1964 tarihli kararı.

13 Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 116. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasına göre: "Bir hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Bu hükümle Türk Medeni Kanunu, hiçbir hakkın, o hakkın kötüye kullanılması şeklinde bir yetkiyi içermediğini, bu nedenle içerdiği yetkiyi aşan şekilde bir kullanımın hak olarak hukuk düzeni tarafından korunmayacağını belirtmeyi amaçlamıştır. Mustafa Dural/ Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 242.

14 TMK m. 162: "Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir.
Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve herhâlde bu sebebin doğumunun üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer.
Affeden tarafın dava hakkı yoktur".

15 Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 4. baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 220.

1. Hayata kast: Eşlerden birinin, diğer eşin hayatına kastedecek her türlü davranışıdır. Bu davranışın kasten yapılması gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin, eşinin canına kastettiği kural olarak düşünülemez. Ancak ayırt etme gücünün bilerek ve isteyerek ortadan kaldırılması bu kuralın istisnasını oluşturur. Cesaret toplamak amacıyla alkol alınması ve bilerek ayırt etme gücünün ortadan kaldırılması, bu duruma örnek gösterilebilir.[16]

Aynı şekilde hayata kast sebebiyle boşanmadan söz edebilmek için fiilin diğer eşe yöneltilmesi gerekir. Örneğin eşin anne-babası veya akrabalarının hayatlarına kastedildiği hâller sebebiyle TMK m. 162'den dava açılamaz. Bununla birlikte ölüm sonucunu doğurabilecek tedbirsizce davranışlar da (örneğin doğalgazın yanlışlıkla açık bırakılması, diğer eşe bedensel zarar veren trafik kazası yapılması gibi) kast unsuru ispatlanmadıkça bu madde kapsamında yer almayacaktır.[17] Hayata kasttan bahsedebilmek için gerçekleştirilen fiille öldürmenin amaçlanması yeterli olup, elverişlilik şartının değerlendirilmesine, teşebbüsün niteliğinin araştırılmasına veya hazırlık aşamasından öteye geçilememiş olmasına bakmaya gerek bulunmamaktadır.[18]

2. Pek kötü davranış: Diğer eşin vücut bütünlüğü veya sağlığına yönelik her türlü saldırıdır. Yargıtay kararlarında bu fiillere örnek olarak; dövme ve fiziksel şiddet uygulama, evden kovma, av tüfeğini doğrultmak, zorla çocuk aldırtmak gibi davranışlar gösterilmektedir. Pek kötü davranışta bulunan eşin bunu kasten işlemesi ve ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir. İşlenen fiilin devamlılık arz etmesi zorunlu değildir.[19] Eylem bir kez dahi gerçekleşmişse boşanma davasının şartı oluşmuştur.

---

16 Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, s. 107.

17 Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde: "(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir" denmektedir. Böylece TCK'da, bir suçun gerçekleşmesi bakımından esas manevi unsur "kast" olarak belirlenmiş, ardından kast ve olası kast kavramlarının tanımı yapılmıştır. Buradan da kastın, ceza hukuk sistemimizin esaslı unsurunu oluşturduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

18 Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, 2. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 154.

19 Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, s. 107.

3. Onur kırıcı davranış: Eşlerden birinin diğerinin onuruna haksız olarak ve diğer eşi küçük düşürmek amacıyla yaptığı saldırılardır. Onur kırıcı davranış, ağır nitelikte olmalıdır. Eşin evden atılması, kadın bakire olmasına rağmen kocasının aksini yayması,[20] kocasının eve geç gelmesine sinirlenen kadının kocasının iş yerinde ona hakaret etmesi,[21] mahkeme koridorlarında eşlerden birinin diğerine hakaret etmesi[22] gibi örnekler, uygulamada onur kırıcı davranış olarak kabul edilmektedir.

C. Küçük Düşürücü Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma

TMK m. 163/1 uyarınca; eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden dolayı onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.

TMK m. 163/1'de hem küçük düşürücü suç işleme hem de haysiyetsiz hayat sürme, kusura dayalı, özel ve nisbî boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir.

1. Eşlerden Biri Tarafından Küçük Düşürücü Suç İşlenmesi:

TMK m. 163'e göre, eşlerden birinin suç işlemesi bir boşanma nedenidir. Ancak her suç boşanma kararı verilmesini sağlamaz. Eşin işlediği suçun küçük düşürücü olması gerekir. Bu nitelikte bir suç işleyen eşin mahkûm olması ya da kovuşturmaya tabi tutulması ise şart değildir.[23]

Anayasamızın milletvekilliği seçilme yeterliliği başlığını taşıyan 76. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen suçların, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma davası açılmasını sağlayabilecek suçlar arasında kabul edilebileceği ifade edilmektedir.[24] Sözü geçen hüküm-

---

20 Yargıtay 2. HD, 2561/4891 sayılı ve 19.04.1951 tarihli kararı.
21 Yargıtay 2. HD, 1674/394 sayılı ve 10.02.1941 tarihli kararı.
22 Yargıtay 2. HD, 631/1056 sayılı ve 03.03.1964 tarihli kararı.
23 Oğuzhan Sapan, "Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ekim 2016, Cilt 1, Sayı 2, sa. 365-388, s. 370.
24 Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 211.

de zikredilen suçlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi suçlardır. Bununla beraber Anayasa m. 76/2 hükmünde belirtilen suçların sınırlı sayıda olmadığını da ifade etmemiz gerekir.[25] Bu nedenle Anayasa'nın m. 76/2 hükmünde belirtilenler dışındaki birtakım suçlar da gerekli koşullar mevcutsa TMK m. 163 anlamında küçük düşürücü suç olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda kasten öldürme, cinsel saldırı, cinsel taciz, öldürmeye teşebbüs, uyuşturucu ticareti yapma, gasp gibi suçlar da küçük düşürücü suçlar arasında sayılabilir.[26]

Küçük düşürücü suçlar, ahlak düzeninin şiddetle reddettiği ve ortaya çıktığında insanın yüzünü kızartan suçlardır. Bir suçun böyle bir nitelik taşıyıp taşımadığı toplumun ahlak anlayışı ile failin toplumda düşeceği güç durum göz önüne alınmak suretiyle hâkim tarafından tespit edilecektir.[27]

Küçük düşürücü nitelik taşıyan bir suçun TMK m. 163 temelinde bir boşanma davası açılmasını sağlaması için evliliğin devam ettiği bir safhada işlenmesi gerekir. Evlilikten önce işlenen bir suç, TMK m. 163 temelinde bir dava açılmasını sağlamaz.

2. Haysiyetsiz Hayat Sürme:

TMK m. 163 hükmüne dayalı boşanma davası açılmasını sağlayan bir diğer durum eşlerden birinin haysiyetsiz bir hayat sürmesidir.

---

25 Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, 1. baskı, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985-1986, s. 163.

26 Oğuz Ersöz, "Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi *Dergisi*, Aralık 2018, Yıl 4, Sayı 2, sa. 111-146, s. 118-119. Yargıtay 2. HD, Esas No: 2014/20560, Karar No: 2015/4947 sayılı ve 19.03.2015 tarihli kararı: "Davalının, on iki yaşında bir kız çocuğuna cinsel tacizde bulunduğu, suçu sabit görülerek bundan dolayı ceza aldığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece, 'davalının bu suçu bir kere işlemiş olmasının tek başına boşanmaya neden olmayacağı vicdani kanaatine varıldığı, bu durumun evliliği diğer eş bakımından çekilmez hâle getirdiğinin ispatlanması gerektiği, bu yolda delil getirilmediği...' gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Dava Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan 'küçük düşürücü suç işleme' sebebine dayanılarak açılmıştır, işlenen suçun niteliğine göre davacının dava açması karşısında onunla birlikte yaşaması kendisinden beklenemeyeceği açık ve tartışmasızdır. Boşanma sebebi gerçekleşmiştir. Davanın kabulü gerekirken, isteğin reddi doğru görülmemiştir".

27 Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, 6. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 986.

Haysiyetsiz hayat sürme, toplumun değerleri ile ahlak, şeref ve namus anlayışına aykırı yaşam tarzının benimsenmesi ve bu yaşam tarzının devamlılık arz edecek şekilde sürdürülmesi demektir.[28] Dolayısıyla bir tek münferit davranış haysiyetsiz hayat sürme sayılmayacak, haysiyetsiz hayat sürmenin kabulü için bu nitelikteki davranışların az veya çok belirli bir süre devam etmesi gerekecektir.

Haysiyetsiz hayat sürmeye dayalı boşanma davası açılabilmesi için bu niteliği haiz hayat tarzı evliliğin varlığı esnasında devam etmelidir. Dolayısıyla evlenmeden önce başlayan haysiyetsiz bir yaşam tarzı, evlilikten sonra da devam etmekteyse TMK m. 163'e dayalı olarak boşanma davası açılmasına yol açabilir.[29]

Eşlerden birinin üçüncü bir kimse ya da kimselerle bir süre evlilik dışı ilişki yaşaması,[30] eşcinsel ilişkiler, uyuşturucu madde ticareti yapmak, alkol ve kumar bağımlılığı,[31] hayat kadını olarak çalışmak, ekonomik durumu iyi olmasına rağmen dilenmek[32] haysiyetsiz hayat sürme sayılan davranışlara örnek olarak gösterilebilir.

D. Terk Sebebiyle Boşanma

Terk, eşlerden birinin, evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi ve haklı bir neden olmadan ortak yaşama dönmemesidir.[33]

Evlilik, mahiyeti gereği eşlerin birlikte oturmalarını gerektirir. Buna rağmen eşlerden biri yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak yaşam alanından uzaklaşırsa diğer eş, kanunun öngördüğü şartları (TMK m. 164) yerine getirmek suretiyle ona karşı boşanma davası açabilir.

---

28 Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 665.

29 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s. 276.

30 Yargıtay 2. HD, Esas No: 2009/16450, Karar No: 2009/19112 sayılı ve 09.11.2009 tarihli kararı.

31 Ayşe Kübra Karabulut, Türk Medeni Kanunu'nun 162 ve 163. maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, 1. baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul Aralık 2018, s. 47.

32 Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 2. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 124.

33 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni Hukuk, s. 988.

Özel boşanma nedenleri arasında yer alan terk, aynı zamanda mutlak bir boşanma nedeni olarak da değerlendirilir. Yani davacı terkin şartlarının varlığını ispatlarsa hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır. Onun, terk eyleminin evlilik birliğini temelinden sarsmış olup olmadığını, başka bir deyişle, terk eylemine rağmen eşlerin bir arada yaşama şanslarının bulunup bulunmadığını araştırma yetkisi yoktur.[34] Ayrıca terk kusura dayalı bir boşanma nedeni olduğu için terk edenin kusurlu olması da şarttır.

1. Şartları

a. Ortak Hayatı Bırakıp Gitme

Evlilik, ortak bir yaşamı gerektirir. Eşler, evlenirken birlikte yaşam konusunda karşılıklı olarak söz vermektedirler. Terk eden eş bu konuda verdiği söze bağlılık göstermemektedir. Aynı konut içinde yaşamayı sürdüren eşlerin dargınlıkları, uzun süre hiç konuşmamaları, ortak yatak odasında yatmamaları, cinsel ilişkide bulunmamaları, ortak konutun belli alanlarını sadece kendilerine ayırmaları terk anlamına gelmez. Söz konusu hâller ileri sürülerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması nedeniyle boşanma davası açılabilirse de terk nedeniyle boşanma davası açılamaz.

Eşlerden herhangi birinin ortak konuttan ayrılarak kendi ailesinin yanında veya başka bir konutta yaşamaya başlaması, ortak hayatı bırakıp gitme anlamında terktir. Bazı durumlarda ise; eşlerden biri, diğer eşi ortak konutu terk etmeye zorlar veya onun ortak konuta dönmesini engeller. Böyle bir durumda, ortak konuttan uzakta olan değil, ortak konutu kullanmaya devam eden eş terk etmiş sayılır.

b. Evlilik Birliğinden Kaynaklanan Yükümlülükleri Yerine Getirmeme Niyeti

Bırakıp gitme veya dönmemenin *"evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadıyla"* gerçekleştirilmesi gerekir.[35] Do-

---

34 Aydın Zevkliler/Ayşe Havutçu, Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 279.

35 Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinden itibaren eşlerin bu yükümlülükleri sayılmıştır: Eşler aile birliğinin mutluluğunu birlikte sağlamakla yükümlüdürler (TMK m. 185/2), eşler çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine birlikte özen

layısıyla hastalık, hapis, yurt dışında çalışma zorunluluğu, eğitim, askerlik veya esaret gibi bir neden yüzünden ortak konutta yaşama şansı bulamamış olan eş diğerini terk etmiş sayılamaz. Ancak, ortak yaşamı haklı bir nedenle terk eden eş, ortada haklı bir neden kalmadığı hâlde ortak konuta dönmezse artık terkin gerçekleştiği kabul edilir.

c. Ortak Hayatı Bırakıp Gitmenin Haksız Olması

Terk eden eşin haklı bir sebebi bulunmamalıdır. Aksi takdirde ortak konutu bırakıp gitmiş veya dönmemiş eş aleyhine boşanma davası açılamaz. Terkin haklı nedene dayandığı konusunda ispat yükü davalının üzerindedir. Ancak sonuçta terk eyleminin haklı sayılıp sayılamayacağı dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından belirlenecektir.

Eşlerin aralarında anlaşarak bir süre ayrı yaşamaları durumunda terk yoktur. Aynı şekilde koca ortak konuta başka bir kadın getirdiği veya kendi ana ve babası ile yaşamaya zorladığı için ortak konutu terk eden eş de haklı sayılır. Hâkimin verdiği ayrılık kararına dayanarak ortak konuttan ayrılan eş açısından da terk söz konusu olmaz.

Terki haklı kılan nedenin ortadan kalkması durumunda eşin ortak konuta dönmesi gerekir. Haklı nedenin etkisi de makul bir süre boyunca devam etmelidir. Makul sürenin ne olacağı her somut olay için hâkim tarafından tespit edilecektir.

d. Ayrılığın En Az Altı Ay Sürmüş Olması

Kanun koyucu, eşlerden birinin ortak konutu bırakıp gitmesi veya dönmesi gerekirken dönmemesi durumunda hemen dava açılmasına imkân tanımamıştır. Dava, diğer şartlar dışında, ancak belli bir süre geçtikten sonra açılabilecektir. Böyle bir süre öngörülmesinin amacı, özellikle terk eden eşe düşünme ve değerlendirme imkânı tanınmasıdır.

TMK m. 164/1'e göre bu süre en az altı aydır. Yani ayrılık en az altı ay sürmüş olmalıdır. Altı aylık sürenin aralıksız (fasılasız) dolması ge-

---

göstermekle yükümlüdürler (TMK m. 185/2), eşler birlikte yaşamakla yükümlüdürler (TMK m. 185/3), eşler birbirlerine sadık olmak zorundadırlar (TMK m. 185/3), eşler birbirlerine yardımcı olmak zorundadırlar (TMK m. 185/3), eşler oturacakları konutu birlikte seçmek zorundadırlar (TMK m. 186/1), eşler evlilik birliğini birlikte yönetirler (TMK m. 186/2), eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmak zorundadırlar (TMK m. 186/3).

rekir.[36] Eşlerden birinin aralıklı olarak ortak konutu terk etmesi ve bu terklerin toplam süresinin de altı ayı bulması terk nedeniyle boşanma davası açılmasına imkân vermez.

e. İhtarda Bulunma

Terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için, ortak hayatı bırakıp giden eşin uyarılmasına ihtiyaç vardır. Bu amaçla, dava açmayı düşünen eş diğer eşe ihtarda bulunacaktır. Usulüne uygun bir ihtar yapılmadan açılan boşanma davası reddedilecektir.

İhtar mahkeme aracılığıyla yapılır. Dolayısıyla, eşin bizzat veya noter aracılığıyla yapacağı bir ihtar yeterli olmaz. Boşanma davası açmak için belirli olan sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz. Dört aylık ayrı yaşama süresi kesintisiz olmalıdır.

Bu konuda herhangi bir yer aile mahkemesine başvurulabilir. İhtarı boşanma davası açılacak mahkeme aracılığıyla gönderme zorunluluğu yoktur. Ancak mahkemeye verilen dilekçenin sadece ihtar istemini içermesi gerekir; aynı dilekçe ile hem ihtar yapılıp hem de boşanma davası açılamaz.[37]

İhtarda, terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunulacaktır.[38] Söz konusu uyarıları içermeyen bir ihtar usulüne uygun olmayacağı için boşanma davasına dayanak oluşturamaz.

---

36 Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku (2. baskı), s. 159.

37 Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 289.

38 Yargıtay 2. HD, Esas No: 2009/2047, Karar No: 2010/3693 sayılı ve 01.03.2010 tarihli kararı: "İhtar kararında davalıya eve dönmesi için 30 gün süre verilmiştir. İhtarın hukuki sonuç doğurabilmesi için ihtar isteğinden önceki dört ay içinde kadının haklı bir sebep olmaksızın birlik dışında yaşadığının gerçekleşmesi gerekir. Kanunun tayin ettiği süreler kesindir (HUMK md. 163). Hâkim kanunda yazılı süreleri kendiliğinden azaltıp çoğaltamaz (HUMK md. 159). Terke dayalı boşanma davası açılabilmesi için, davaya hakkı olan tarafın isteği ile hâkimin diğer tarafa iki ay zarfında tarafların birlikte (TMK md. 186) veya Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesi şartlarının oluşması sebebiyle eşlerden biri tarafından seçilen ya da hâkim tarafından belirlenen (TMK md. 195) bağımsız eve dönmesini, aksi halde, doğacak sonuçları, başka bir ifade ile eşinin boşanma davası açma hakkının doğacağını ihtar etmesi (TMK md. 164) gerekir. Hal böyle iken mahkemece iki ay yerine kanunda öngörülmeyen bir süre verilmesi usul ve kanun hükümlerine açık aykırılık oluşturur. Mahkemece ihtarın geçerliliği ve kanun hükümlerine uygunluğu resen (doğrudan doğruya) göz önünde tutulur (27.3.1957 tarihli ve 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı). Şu durumda geçerli bir ihtar kararı mevcut bulunmadığından davanın reddi gerekirken boşanmaya karar verilmesi bozmayı gerektirir."

İhtarın kendisinden beklenen sonucu yaratabilmesi için samimi olması da şarttır. Kötü niyetle (formalite icabı) yapılmış bir ihtara uymayan eş aleyhine boşanma davası açılamaz. İhtara uyarak ortak konuta dönen eşin kabul edilmemesi ise ihtarı geçersiz kılar.

f. İhtarın Sonuçsuz Kalması

Mahkeme aracılığıyla gönderilen ihtar sonuçsuz kalabilir. İhtarın üzerinden en az iki ay geçmesine rağmen uyarılan eş ortak konuta dönmeyebilir (TMK m. 164/2, c.3). Bu durumda ihtarı gönderen eş boşanma davası açma hakkına sahip olur. Sadece ihtarı karşılıksız bırakmak suretiyle boşanma davasının açılmasını engellemek için çocuklarını görmeye gelen ve kısa bir süre sonra ortak konuttan ayrılan eş de ihtar üzerine dönmüş sayılmaz. Böyle bir durumda da ihtarı gönderen eş terk nedeniyle boşanma davası açma hakkını elde etmiş olur.

E. Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma

TMK m. 165 uyarınca; eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla akıl hastası olan eşe karşı boşanma davası açılabilir.

1. Şartları

a. Eşlerden Birinin Akıl Hastası Olması

TMK m. 165 hükmünde hangi akıl hastalıklarının boşanma sebebi oluşturacağı açıklanmamıştır. Doktorlar tarafından akıl hastalığı olarak nitelendirilmek koşuluyla her seviyeden akıl hastalığı (paranoya, şizofreni, sara, histeri vb.), diğer eş bakımından ortak yaşamı da çekilmez hâle getiriyorsa doktrinde boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir.[39]

---

39 Mehmet Erdem, Aile Hukuku, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 119. Akıl hastalığı, kişilerde sıkıntı duygusu yaratan ve zihinsel işlevlerin önemli bir kısmında bozukluğa yol açan psikolojik veya psikofizik belirtiler bütünüdür. Akıl hastalıkları tıp bilimine göre, psikoz manyaklık, paranoya, şizofreni, organik reaksiyon tipleri, sara, histeri ve akli muvazenesizlik şeklinde gruplara ayrılabilecektir. Behçet Tahsin Kamay, Adlî Tıp 2. Cilt, 1. baskı, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınları, Ankara 1951, s. 795.

Bunun dışında akıl hastalığı sayılmayan hastalıklar (AIDS, cüzzam, kuş gribi, koronavirüs gibi) ne kadar ağır olursa olsun TMK m. 165 kapsamında yer almayacaktır.[40]

b. Akıl Hastalığının Geçmesine Olanak Bulunmaması

Akıl hastalığına dayalı boşanma davası açılabilmesi için akıl hastası eşin bu hastalığının geçmesine olanak bulunmamalıdır. Bu durum resmi sağlık kurulu raporuyla saptanmalıdır. Hastalığı tamamen tedavi etmeyen geçici tedaviler, hastalığın seyrini geciktiren ya da hafifleten tedaviler nazara alınamaz.[41] Bununla beraber raporda bahse konu hastalığın geçebileceği ve eşin iyileşebileceği fakat bunun uzun bir zaman alacağı ifade edilmişse bu hâlde TMK m. 165 hükmüne dayalı boşanma davası açılamamaktadır.

c. Akıl Hastalığının Evlenmeden Sonra Meydana Gelmesi

Doktrinde bir görüşe göre; TMK m. 165 hükmüne dayalı olarak boşanma davası açılabilmesi için akıl hastalığının boşanma davası açıldığı sırada mevcut bulunması gerekir. Hastalığın başladığı an önemli değildir. Taraflardan biri evlenmenin gerçekleştiği sırada da akıl hastası ise bu durumda aynı zamanda mutlak butlan davası da açılabilir.[42] Doktrindeki diğer bir görüşe göre; boşanma sebebi oluşturan akıl hastalığının evlenmeden sonra meydana gelmiş olması gerekir.[43] Zira evlenmeye kesin olarak engel olacak akıl hastalığı varsa evlenme gerçekleşemez, bir şekilde gerçekleşmişse de mutlak butlan yaptırımına tabidir.

d. Akıl Hastalığının Diğer Eş Bakımından Ortak Yaşamı Çekilmez Hâle Getirmesi

Akıl hastalığının boşanma sebebi olması için bu durum, diğer eş bakımından müşterek yaşamı çekilmez hâle getirmelidir. Bu yönüyle akıl hastalığı nisbî bir boşanma sebebi teşkil eder.

---

40 Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku II Aile Hukuku, Yenilenmiş 19. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 259.

41 Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 2. baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 253.

42 Abdulkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, 1. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 77.

43 Akıntürk/Ateş, Türk Medeni Hukuku II Aile Hukuku, s. 259.

III. BOŞANMANIN GENEL SEBEPLERİ

Yukarıda bahsettiğimiz özel boşanma sebeplerinden farklı olarak TMK m. 166'da düzenlenmiş olan hâlde boşanma, zina, pek kötü muamele, terk, haysiyetsiz hayat sürme gibi belli bir olguya dayanmamaktadır. Aksine genel boşanma sebeplerinde, önceden belirlenmesi mümkün olmayan, pek çok olay söz konusu olabilir. Bu olaylar, belli bir durumun ortaya çıkmasına sebep olunca boşanma davası açılır. Başka bir deyişle, önceden belirlenmesi mümkün olmayan bir olay, Kanun'un ifadesiyle *"evlilik birliğini temelinden sarsmışsa"* ve bu sebeple eşlerden artık ortak hayata devam etmeleri beklenemezse boşanmanın genel sebeplerinden söz edilecektir.

TMK m. 166 incelendiğinde, üç tür genel boşanma sebebinin düzenlendiği görülür. Bunlardan birincisi -dar anlamda- evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. İkincisi eşlerin birlikte dava açmaları veya birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesidir (TMK m. 166/3). Üçüncüsü ise açılmış olan bir boşanma davasının reddinden sonra, eşlerin Kanun'da öngörülen süreyi ortak hayatı yeniden kurmadan geçirmeleri yani evlilik birliğinin fiilen kurulamaması (TMK m. 166/4) hâlidir.

A. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanma

TMK m. 166/1'e göre, evlilik birliği, eşlerin müşterek yaşamı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

1. Şartları

a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası açılabilmesi için eşler arasında ciddi nitelikte duygu ve düşünce ayrılığı bulunması gerekmekte olup, bu durumun eşlerin müşterek yaşamı sürdüremeyecekleri seviyede olması gerekir.[44] Bunu da hâkim saptayacaktır. Bu yönüyle evlilik birliğinin temelinden sarsılması takdire dayalı ve genel bir boşanma sebebi niteliğindedir. Dolayısıyla evlilik birliğini temelinden sarsacak olayların tahdidi biçimde ortaya konulması da mümkün olmamaktadır.

---

[44] Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 124-125.

Hakaretamiz ve küçük düşürücü davranışlar, içki ve kumar düşkünlüğü, aşırı borçlanma, fiziksel şiddet, eşe giyim, gelenekler ve din gibi konularda baskıda bulunmak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına örnek olarak verilebilecektir.[45]

b. Eşler Tarafından Müşterek Yaşamın Sürdürülemeyecek Derecede Sarsılması

Müşterek hayatın devamının olanaksız hâle gelmesi şartının her iki eş bakımından da gerçekleşmesi aranmaz. Dolayısıyla yalnızca davacı bakımından müşterek yaşamın devamının çekilmez hâle gelmesi gerekli ve yeterlidir.[46]

c. Kusurun Aranmaması

Evliliğin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası kusura dayanmaz. Dolayısıyla eşlerden her ikisi de kusursuz olsa dahi, bu sebebe dayalı dava açılabilecektir. Ancak davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Böylece tamamen kusurlu eşin kendi kusurundan yararlanamaması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu boşanma sebebinde boşanmaya karar verilebilmesi için, davalının az da olsa kusurunun bulunmasının genel olarak arandığını söylemek mümkündür.[47]

---

45 Ömer Uğur Gençcan, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 1. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 412 vd.

46 Serap Helvacı, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Ed: Abuzer Kendigelen, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, sa. 1151-1169, s. 1165.

47 Yargıtay HGK, Esas No: 2014/32, Karar No: 2015/1655 sayılı ve 17.06.2015 tarihli kararı: "…kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK m. 166/2). Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir ku-

B. Anlaşmalı Boşanma

Anlaşmalı boşanmada, TMK'da öngörülen sürenin tamamlanması, eşlerin boşanma yönündeki iradeleri hususunda mutabık olmaları, hâkimin de bu iradeler hakkında mutabakat olup olmadığını ve iradelerin sağlıklı bir şekilde oluşup oluşmadığını değerlendirebilmesi için tarafları bizzat dinlemesi gerekmektedir. Buna ek olarak eşlerin boşanmanın mali ve kişisel sonuçları konusunda düzenleme yapmaları da şarttır (TMK m. 166/3).

1. Şartları

a. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Bu şart, çok kısa süreli evlilik yapma ve sonra boşanma protokolü ile hâkime başvurmayı engellemek amacıyla konulmuştur. Başka bir deyişle bu şartla, tarafların daha birbirlerini tam olarak tanımadan boşanmaları engellenmek istenmiştir.

b. Boşanmak İçin Eşlerin Birlikte Mahkemeye Başvurması ya da Bir Eşin Diğerinin Açtığı Boşanma Davasını Kabul Etmesi

Eşlerin boşanma sonucunu elde etmek için, aralarında anlaşarak mahkemeye birlikte başvurmaları ya da eşlerden birinin açtığı boşanma davasının diğeri tarafından kabul edilmesi hâllerinde anlaşmalı boşanma hükümleri uygulanabilecektir. Anlaşmalı boşanmada başvurunun bizzat eşler tarafından yapılması zorunlu değildir. Anlaşmalı boşanma istemini içeren ortak başvurunun eşlerin vekilleri aracılığıyla da yapılması mümkündür. Eşler mahkemeye birlikte başvurmuş olsalar da her birinin talebinden vazgeçme ve anlaştıkları düzenlemede değişiklik yapılmasını isteme hakkı bulunmaktadır.

Eşlerden birinin açtığı davayı diğer eşin kabulüyle anlaşmalı boşanmanın sağlanmasında özel olarak dikkat çekilmesi gereken bir husus vardır. TMK m. 166/3 son cümleye göre, bu boşanma davasında, hâkimin tarafların ikrarı ile bağlı olmadığına ilişkin TMK m. 184/1-3'teki kural uygulanmaz. Bu hükmün özel boşanma sebeplerine da-

sur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır".

yanılarak açılan bir davada uygulaması şu şekildedir; özel boşanma sebebinin varlığını ikrar, TMK m. 184/1-3'e göre hâkimi bağlamazken davayı kabul hâlinde bu hüküm uygulanmaz. Örneğin, zina sebebiyle açılan bir boşanma davasında, zina yapan eşin bunu ikrar etmesi hâkimi bağlamaz. Fakat aynı davada, zina yapan eşin davayı kabul etmesi hâlinde, hâkim buna bağlı kalır ve TMK m. 166/3'e göre boşanmaya karar verir.

c. Hâkimin Tarafları Bizzat Dinlemesi

Bu şart, hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için tarafların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarının kontrolünün sağlanması için konulmuştur. Aynı zamanda tarafların boşanma hususunu bir kez daha düşünmelerini de sağlar.

Taraflar, davada bir avukat aracılığıyla temsil edilseler bile, hâkim tarafları huzuruna çağırıp onları dinlemek zorundadır, sadece avukatları dinlemekle yetinemez. Dinlemenin açık bir celsede yapılmasına gerek yoktur, celse dışında da olması mümkündür. Fakat dinlemenin, her ne şekilde yapılırsa yapılsın, bir zaptla belgelendirilmesi gerekir. Hâkim tarafları bir kez dinlemiş olmasına rağmen duruşma herhangi bir nedenle başka güne bırakılmışsa ve o günde taraflar hazır olmasalar dahi, koşullar sağlanıyorsa anlaşmalı boşanmaya karar verilmelidir.[48] Hâkimin tarafları dinledikten sonra, birinin ya da her ikisinin iradesinin serbestçe açıklanmamış olduğuna kanaat getirmesi hâlinde ise dava reddedilecektir.

[48] Yargıtay 2. HD, Esas No: 2010/9743, Karar No: 2011/12657 sayılı ve 19.07.2011 tarihli kararı: "Taraflar, 05.11.2009 tarihli oturumda bizzat beyanda bulunarak, boşanma ve fer'ileri konusunda anlaştıklarını, dosyaya sundukları protokol gereğince boşanma kararı verilmesini istemişlerdir. Beyanları zapta geçirilmiş ve imzaları alınmıştır. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesindeki boşanma koşulları oluşmuştur. Anlaşmalı boşanma koşullarının oluştuğu ve karar vermeye bir engelin bulunmadığı oturumda herhangi bir nedenle karar verilememiş ve duruşma başka bir güne bırakılmışsa tarafların (asılların) bizzat sonraki oturumlarda da hazır bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tarafların, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi kapsamında oluşan ve taraflarca bizzat hâkime bildirdikleri, iradelerinin serbest iradeleri olmadığına ilişkin kanaatin dayanağı ve gerekçesi gösterilmeden, hata, hile, tehdit altında alındığı da iddia ve ileri sürülmemiş ve bu konuda herhangi bir kanıt da gösterilmemiş olduğundan; bu beyanlarının hâkimi bağlayacağı gözetilmeden, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiştir".

d. Tarafların Yapmış Oldukları Anlaşmanın Hâkim Tarafından Uygun Bulunması

Tarafların anlaşmalı boşanması için evliliğin mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin bir anlaşma yapmaları gerekir.[49] Bunun yazılı bir metine dökülmüş olması gerekmez; yapılan sözlü bir anlaşmanın zapta geçirilmesi de yeterlidir. Ancak bu anlaşmanın infaz edilecek şekilde hüküm fıkrasında yer alması gereklilik arz etmektedir.[50]

Hâkim tarafların yaptıkları düzenlemeyi uygun bulmazsa, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak gerekli olan değişiklikleri yapacaktır. Anlaşma ise yapılan değişikliklerin taraflarca kabul edilmesi hâlinde geçerli olacaktır. Anlaşma hâkim tarafından uygun bulunmazsa dava reddedilecektir.

Hâkim, taraflarca düzenlenen anlaşmayı uygun bulursa ya da taraflar hâkim tarafından teklif edilen değişiklikleri uygun bulacak olurlarsa, diğer şartların da sağlanıyor olması hâlinde, boşanmaya hükmedilecektir.

C. Fiili Ayrılık

Fiili ayrılık, TMK m. 166/4 hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre; boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun müşterek yaşam yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılacaktır. Bu aşamadan sonra da eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilecektir.

---

49 Uygulamada bahse konu anlaşmayla ilgili, protokol, boşanma protokolü gibi farklı adlandırmalar yapılmaktadır.

50 Yargıtay 2. HD, Esas No: 2016/9489, Karar No: 2016/9399 sayılı ve 09.05.2016 tarihli kararı: "Anlaşmalı boşanma için boşanmanın mali sonuçlarıyla varsa müşterek çocukların durumu konusunda taraflarca kabul edilen düzenlemenin hâkim tarafından uygun bulunması, yapılan düzenlemenin infazına olanak sağlaması için uygun bulunan anlaşma (protokol) unsurlarına mahkeme kararının hüküm fıkrasında yer verilmesi gereklidir. Taraflar 16.06.2015 tarihli protokol düzenleyip mahkemeye sundukları ve protokol gereğince karar verilmesini istedikleri halde protokol hükümlerinin tamamı karar yerinde gösterilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir" denilmek suretiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

1. Şartları

a. Daha Önce Herhangi Bir Boşanma Sebebine Dayanılarak Açılmış Davanın Reddedilmiş Olması

Davanın, hangi eş tarafından, hangi sebebe dayanılarak açılmış olduğunun hiç önemi yoktur. Hatta hiçbir boşanma sebebi yokken bile açılmış olan boşanma davasının reddedilmiş olması yeterlidir. Bir boşanma davası açılmamışsa eşler ne kadar süredir ayrı yaşıyor olurlarsa olsunlar, daha önce açılıp da reddedilmiş bir boşanma davası bulunmadığı için TMK m. 166/4'ün uygulanması mümkün olamayacaktır.

b. Boşanmanın Reddi Kararının Kesinleşmesinden İtibaren Üç Yıl Geçmeli ve Bu Süre İçinde Her Ne Sebeple Olursa Olsun Ortak Hayat Kurulmamış Olmalı

Üç yıllık sürenin durması ve kesilmesi söz konusu olamaz.[51] Üç yıllık süre ret kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır. Ret kararının kesinleşmesi ise kararın taraflara tebliğ edilmesiyle sağlanacaktır. Eşlerin bu süre içerisinde zaman zaman buluşmaları, çocukların durumunu görüşmek için bir araya gelmeleri gibi olgular müşterek hayatın yeniden kurulduğunu göstermez.[52] Hatta Yargıtay ihtiyaç sebebiyle bir arada kalma durumunun da bahse konu süreyi kesmediğini ifade etmiştir.[53]

c. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

Yeni boşanma davasını eşlerden herhangi biri açabilir. Reddedilen önceki davada, davacı veya davalı olmak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması veya ortak hayatın yeniden kurulamamasında kusurlu ya da kusursuz olmak, davanın açılması yönünden önemli değildir. Ayrıca davalı eş, TMK m. 166/1'den farklı olarak, bu hâlde, davacı eşin daha kusurlu olduğunu ileri sürerek boşanma kararının verilmesini engelleyemeyecektir.

---

51 Erdem, Aile Hukuku, s. 141.

52 Akıntürk/Ateş, Türk Medeni Hukuku II Aile Hukuku, s. 274.

53 Yargıtay 2. HD, 2005/5442 karar sayılı ve 05.04.2005 tarihli kararı: "Toplanan delillerden eşlerin bu üç yıllık fiili ayrılık sırasında aynı evin farklı odalarında yaşadıkları, davalının (kadının) gidecek yeri olmadığı için mecburen evden ayrılamadığı ancak hiçbir zaman bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. Eşlerin bu yaşam biçimleri ortak hayatı yeniden kurdukları şeklinde yorumlanamaz. Mahkemece boşanmaya karar verilmesi gerekir".

SONUÇ

Boşanma, evlilik kurumuna son vermesi sebebiyle kanun koyucu tarafından oldukça detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda belirlenen boşanma sebepleri sınırlı sayıdadır. Söz konusu boşanma sebepleri; zina (TMK m. 161), pek kötü davranış, hayata kast ya da onur kırıcı davranış (TMK m. 162), haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), suç işleme (TMK m. 163), terk (TMK m. 164), akıl hastalığı (TMK m. 165), evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166/1), anlaşmalı boşanma (TMK m. 166/3) ve fiili ayrılık (TMK m. 166/4)'tır.

Zina boşanma sebebinde, zinaya konu eylemleri gerçekleştiren eşin eşcinsel ilişkisi hâlinde, bu durum zina boşanma sebebi olarak ileri sürülememektedir. Zira bu durumda doktrin ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak kabul gören *"karşı cinsten bir kişiyle cinsi münasebette bulunma"* unsuru sağlanamamaktadır. Kanaatimizce eşcinsel ilişkinin de zina olarak kabulünü öngören bir yasal düzenlemenin yapılması, bu alandaki boşluğun ve olası mağduriyetlerin *"haysiyetsiz hayat sürme"* boşanma sebebine başvurulmaksızın giderilmesini sağlayabilecektir.

Küçük düşürücü suç işleme boşanma sebebinin oluşması için genel olarak Anayasamızın milletvekilliği seçilme yeterliliği başlığını taşıyan 76. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen suçların meydana gelmesi gerekmektedir. Yani boşanma sebebinin oluşması için Anayasamızın 76. maddesindeki suç sayımından faydalanılmaktadır. Bu tarz bir yol izlemek yerine doğrudan *"küçük düşürücü"* suçların Kanun'da belirtilmesi kanun yapma sistematiğine daha uygun olabilecektir.

Akıl hastalığı boşanma sebebi için TMK m. 165 hükmünde hangi akıl hastalıklarının boşanma sebebi oluşturacağı açıklanmamıştır. Doktorlar tarafından akıl hastalığı olarak nitelendirilmek koşuluyla her seviyeden akıl hastalığı, diğer eş bakımından ortak yaşamı da çekilmez hâle getiriyorsa doktrinde boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir. Akıl hastalıklarının Kanun'da sayılmamış olması kanaatimizce de isabetlidir. Zira her somut olay için ortaya çıkabilecek farklı bir akıl hastalığını Kanun'a işlemek, tahdidi bir sayım yapmak mümkün görünmemektedir. Mümkün olsa dahi, bu husus, akıl hastalığı boşanma sebebine dayanmak isteyen eşleri aşırı şekilde sınırlandırabilecektir.

Son olarak, boşanmanın sağlanması için Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen boşanma sebeplerinden birinin varlığı şart olarak aransa da evlilik birliğinin temelinden sarsılması boşanma sebebinde hâkime tanınan geniş takdir yetkisi sayesinde, doktrindeki görüşlerden ve emsal nitelikteki yargı kararlarından faydalanmak suretiyle boşanma sonucuna ulaşılabileceği unutulmamalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Aile Hukuku, Cilt 2, 7. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku II Aile Hukuku, Yenilenmiş 19. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

Aras Bahattin, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Ceylan Ebru, Türk ve İsviçre hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 9. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

Erdem Mehmet, Aile Hukuku, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.

Gençcan Ömer Uğur, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 1. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Kamay Behçet Tahsin, Adli Tıp 2. Cilt, 1. baskı, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınları, Ankara 1951.

Karabulut Ayşe Kübra, Türk Medeni Kanunu'nun 162 ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Kılıçoğlu Ahmet Mithat, Aile Hukuku, 1. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Kılıçoğlu Ahmet Mithat, Aile Hukuku, 2. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, 1. baskı, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985-1986.

Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, 2. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

Oğuzman Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, 3. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, 6. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Saymen Ferit H./Elbir Halid K., Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 2. baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.

Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 4. baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Yetik Nurten, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2005.

Yıldırım Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, 1. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

Zevkliler Aydın/Acabey M. Beşir/Gökyayla K. Emre, Medeni Hukuk, 6. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.

Zevkliler Aydın/Havutçu Ayşe, Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Kitap Bölümleri

Helvacı Serap, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Ed: Abuzer Kendigelen, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, sa. 1151-1169.

Makaleler

Çetiner Bilgehan, "Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, sa. 513-528.

Dede İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 3, sa. 643-664.

Ersöz Oğuz, "Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2018, Yıl 4, Sayı 2, sa. 111-146.

Sapan Oğuzhan, "Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ekim 2016, Cilt 1, Sayı 2, sa. 365-388.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin Esas No: 1996/15, Karar No: 1996/34 sayılı ve 23.09.1996 tarihli kararı (27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmî Gazete).

Anayasa Mahkemesi'nin Esas No: 1998/3, Karar No: 1998/28 sayılı ve 23.06.1998 tarihli kararı (13.03.1999 tarih ve 23638 sayılı Resmî Gazete).

Yargıtay 2. HD, Esas No: 2020/6056, Karar No: 2021/222 sayılı ve 14.01.2021 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, 2561/4891 sayılı ve 19.04.1951 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, 7156/1754 sayılı ve 01.04.1949 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, 1674/394 sayılı ve 10.02.1941 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, 631/1056 sayılı ve 03.03.1964 tarihli kararı.

Yargıtay HGK, 607/197 sayılı ve 11.03.1964 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, Esas No: 2014/20560, Karar No: 2015/4947 sayılı ve 19.03.2015 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, Esas No: 2009/16450, Karar No: 2009/19112 sayılı ve 09.11.2009 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, Esas No: 2009/2047, Karar No: 2010/3693 sayılı ve 01.03.2010 tarihli kararı.

Yargıtay HGK, Esas No: 2014/32, Karar No: 2015/1655 sayılı ve 17.06.2015 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, Esas No: 2010/9743, Karar No: 2011/12657 sayılı ve 19.07.2011 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, Esas No: 2016/9489, Karar No: 2016/9399 sayılı ve 09.05.2016 tarihli kararı.

Yargıtay 2. HD, 2005/5442 karar sayılı ve 05.04.2005 tarihli kararı.

Elektronik Kaynaklar

www.lexpera.com.tr

https://karararama.yargitay.gov.tr

GAYRİ MİSLİ KRİPTO VARLIKLARA (NFT- NON-FUNGIBLE TOKENS) İLİŞKİN TELİF HAKKI SORUNLARI

COPYRIGHT ISSUES REGARDING NFTS (NON-FUNGIBLE TOKENS)

Arda ALTINOK*

Özet: Blok zinciri (blockchain) teknolojisinin özellikle merkeziyetsiz bir yapıda olması, doğrulayıcı bir merkezi otoriteye bağımlı bulunmaması ve buna bağlı olarak da zincirde yani veri tabanında yer alan verilerin değiştirilemez ve müdahale edilemez olması gibi özellikleri bu teknolojiyi ön plana çıkartmıştır. Blok zinciri son yıllarda başta kripto para olmak üzere birçok ekosistemde kendisine hızla yer bulmuştur. Bunlardan birisi de dijital koleksiyonerlik ve dijitalleştirilmiş sanat eserleridir. Söz konusu olan bir ürün olunca, o ekosistemde bu ürünün tek olması da son derece önemlidir. İşte blok zincirinde bu "tek olma" durumunu sağlamak adına gayri misli kripto varlıklar olarak tanımlanan NFT'ler kullanılmaktadır. Dijital ortama yüklenen bir verinin o veri tabanında "tek" olduğunu gösteren bir belirteç olarak NFT'ler özellikle son bir yıl içerisinde son derece popüler hale gelerek milyarlarca dolarlık bir pazar haline gelmiştir. Hal böyle olunca bu ekosistem içerisinde satışa sunulan NFT'lerin işaret ettiği verilerin aynı zamanda birer sanat eseri olması halinde telif hakkı ihlalleri yaşanmaya başlamıştır. Çalışmamızda araştırma ve yayın etiğine uyularak öncelikle blok zinciri ve NFT'nin teknik altyapısı ve tanımına değinilmiş akabinde hukuki niteliğine ilişkin görüşümüz belirtilmiştir. Akabinde ise NFT ile telif hakları arasındaki ilişki, bir eserin NFT haline getirilmesi sürecinde ve üretilen NFT'lerin satışı sonrasında yaşanabilecek telif hakkı ihlalleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Gayri Misli Kripto Varlıklar, NFT, Dijital Sanat Eseri, Telif Hakkı, Blok Zinciri

Abstract: The features of blockchain technology, such as its decentralized structure, not being dependent on a validating central authority, and accordingly, the fact that the data in the chain, that is, in the database, cannot be changed and interfered with, brought this technology to the forefront. In recent years, blockchain has quickly found a place for itself in many ecosystems, especially crypto money. One of them is digital collecting and digitized works of art. When it comes to a product, it is extremely important that this product is the only one in that ecosystem. In order to provide this "oneliness" in the blockchain, NFTs, which are defined as non-

* Avukat, İstanbul Barosu, arda@taygunozmestik.com, ORCID: 0000-0003-2767-0613, Makale Gönderim Tarihi: 21.02.2022, Kabul Tarihi: 10.06.2022

fungible crypto assets, are used. NFTs, as an indicator showing that a data uploaded to the digital environment is "unique" in that database, has become extremely popular, especially in the last year, and has become billions of dollars on the market. As such, copyright violations have begun to occur if the data pointed to by NFTs offered for sale within this ecosystem are also works of art. In our study, first of all, the technical infrastructure and definition of blockchain and NFT were mentioned, and then our opinion on its legal characteristic was stated. Afterwards, the relationship between NFT and copyrights, the copyright violations that may occur during the process of turning a work into NFT and after the sale of the produced NFTs are emphasized.

Keywords: Non Fungible Crypto Assets, NFT, Digital Artwork, Copyright, Blockchain

1. Giriş

Merkeziyetsizlik, dağıtık veri tabanı yapısı, uçtan uca iletişim, şeffaflık, verilerin geri dönüştürülemezliği ve verilerin değiştirilemezliği gibi avantajlar blok zinciri (blockchain) ağını yeni iş ekosistemleri oluşturma ve mevcut sistemleri blok zinciri ağına entegre etme açısından ilgi çekici kılmıştır. Blok zinciri teknolojisine yatırım yapan, mevcut iş ekosistemini blok zinciri ağına entegre eden oluşumlardan bir diğeri de dijital sanatlar ve dijital sanat koleksiyonerliğidir.

NFT'ler yani İngilizcesiyle *Non-Fungible Tokens* Türkçesiyle *Gayri Misli Jetonlar* ya da *Gayri Misli Kripto Varlıklar* özellikle son bir yılda kripto varlık ve blok zinciri ekosisteminde son derece popüler olmuştur. Dijital sanat eseri yaratıcılarının yanı sıra geleneksel sanat eseri üreticilerinden özellikle çizerler (karikatüristler) NFT ekosistemine dahil olarak yıllardan bu yana yarattıkları karakterleri ve çizgileri dijital ortama taşıyarak NFT haline getirmiş ve dijital sanat koleksiyonerlerine yani NFT alıcılarına satmaya başlamışlardır.

Bu noktadaysa tahmin edilebileceği gibi NFT haline getirilen ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("FSEK") kapsamında eser mahiyetinde olması halinde NFT ürünlerle NFT ürünlere konu eserler arasında telif hukuku bağlamında bir ilişki kaçınılmaz olacaktır. Tabii eser sahibinden ya da mali hak veya bağlantılı hak sahibinden izinsiz olarak NFT üretilmesi de NFT ekosisteminde telif hakkı ihlallerini ele almamızı zorunlu kılmaktadır.

Eserler gibi FSEK kapsamında eser tanımına girmeyen yazılar, fotoğraflar, ses kayıtları veya video görüntüleri de NFT haline getiri-

lebilmektedir. Örneğin Twitter sosyal medya platformunun kurucusu olan Jack Dorsey, platformdaki ilk yazısını (gönderi- tweet) NFT haline getirerek 2,9 milyon Amerikan Doları'na tekabül eden 1630.5 Ethereum'a satmıştır.[1] Ancak bu çalışmamızda FSEK kapsamında eser tanımına girmeyen ürünlerin NFT haline getirilmesi ve bu kapsamda yaşanabilecek ihlaller üzerinde durulmamıştır.

2. NFT'nin (*Non-Fungible Tokens- Gayri Misli Jetonlar/ Kripto Varlıklar*) Teknik Altyapısı, Tanımı ve Hukuki Niteliği

NFT tanımından önce kısaca blok zincirinden (*blockchain*) bahsetmek yararlı olacaktır. Blok zinciri, temeli kriptografiye dayanan bir iletişim protokolü olarak karşımıza çıkmaktadır. Blok zinciri herkes tarafından erişilebilen bir ağ üzerindeki güvenlik açıklarını giderebilecek nitelikte şifrelenen verilerin yönetimini sağlayan dağınık bir veri tabanıdır.[2] Satoshi Nakamoto tarafındansa blok zinciri, zincirde yapılan her bir işlemin ağ katılımcıları tarafından kaydedilip paylaşıldığı bir veri tabanı olarak tanımlanmaktadır.[3] Başka bir anlatımla blok zinciri, adından da anlaşılacağı üzere verilerden oluşan blokların birbirine eklenerek benzersiz ve sonsuz bir zincir haline gelmesiyle oluşan ve bu şekilde sonsuza kadar uzayan veri zinciridir.[4] Bu bloklar, yapılan işlemlerin merkezî olmayan otoriteler yani tüm katılımcılar tarafından zaman damgalı bir şekilde ve mutabakat algoritmaları vasıtasıyla onaylanarak zincire eklenmek suretiyle oluşmaktadır.[5] Blok zinciri ağı üzerinde gerçekleştirilen işlemler kriptografik şekilde

---

1 Çevrimiçi, https://webrazzi.com/2021/03/23/jack-dorsey-nin-ilk-tweeti-nft-olarak-2-9-milyon-dolara-satildi/ (Erişim: 11.02.2022)

2 Jack Gilcrest/Arthur Carvalho, "Smart Contracts: Legal Considerations", IEEE Big Data Konferansı, 2018, s. 3277, Çevrimiçi. https://www.researchgate.net/publication/330626140_Smart_Contracts_Legal_Considerations (Erişim: 10.02.2022); Arda Altınok, "Kripto Varlıklar ile ICO'nun Hukuki Niteliği ve Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme" *Legal Mali Hukuk Dergisi,* 2021, Sa. 197 s. 1317.

3 Melih Sefa Yavuz, "Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme", *Finans, Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi,* 2019 C. 4 Sa. 1, s. 15, 16.

4 Kevin Werbach/Nicolas Cornell, "Contracts Ex Machina", Duke Law Journal, Y. 2017, Sa.67, s. 327, Çevrimiçi. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3913&context=dlj (Erişim: 10.02.2022)

5 Mustafa Tanrıverdi/Mevlüt Uysal/Mutlu Tahsin Üstündağ, "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Alanyazın İncelemesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2019, C. 12 Sa. 3, s. 203, 204, Çevrimiçi, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775807 (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

hash olarak adlandırılan şifreleme yöntemi vasıtasıyla dijital olarak imzalanır.[6] Atanan bu hash değeri, sayı ve harflerden oluşan 256 bitlik yani 32 karakterlik benzersiz bir koddur. Bu kod, ilgili blok içerisinde bulunan verinin şifrelenmiş bir değeri olup blok içerisindeki veride en ufak bir değişiklik olması halinde bu *hash* değeri de sil baştan değişecektir. Böylece işlemlerin değiştirilemezliği temin edilmiş olmaktadır. *Token*,[7] kendisine ait olmayan bir blok zinciri (genellikle kripto para blok zincirleri) üzerinde yer alan bir değeri (puan, oyun içi öğeler vb.), ürünü veya hizmeti temsil eden ve alınıp satılabilen birimdir.[8] 16.04.2021 tarihli 31456 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te ise *token*ı da kapsayacak şekilde kripto varlık tanımlaması yapılmış olup buna göre kripto varlık, *dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan gayri maddi varlıklar* olarak tanımlanmıştır.[9] *Token* ile kripto paralar blok zinciri üzerinde bir malvarlıksal değeri temsil etmeleri sebebiyle birbirine çok benzese de aralarındaki temel fark, kripto para birimlerinin kendilerine ait birer blok zincire sahip olmalarıdır. *Token*ların kendilerine ait birer blok zinciri bulunmamakta, genellikle var olan blok zincirleri (Etherium, Bitcoin vb.) üzerinde yer almakta/ temsil edilmektedirler.[10] İşte NFT olarak adlandırdığımız "şey" de esasında eşi benzeri olmayan bir *token*dan yani kripto varlıklardan ibarettir. Bu "eşi benzeri olmama" özelliği ise NFT olarak adlandırdığımız *token*ları diğer *token*-

---

6 Werbach/Cornell, a.g.e., s.327.

7 Token sözcüğü dilimize jeton olarak çevrilebilirse de biz bu çalışmamızda Non-Fungible Token terimini ise Gayri Misli Kripto Varlıklar olarak Türkçeleştirerek kullanmış bulunmaktayız. Token sözcüğünü ise anlam karmaşası yaratmamak adına tek başına kullanırken İngilizce aslına uygun olarak token şeklinde kullanmış bulunmaktayız.

8 Mina Krzisnik, "Non-Fungible Tokens-from a Legal Perspective", Medium, 26 Şubat 2019, Çevrimiçi. https://medium.com/the-capital/non-fungible-tokens-from-a-legal-perspective-51de03ea0b06 (Erişim: 12.02.2022); Andres Guadamuz, "Can Copyright Teach Us Anything about NFTs?", TechnoLlama, 7 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.technollama.co.uk/can-copyright-teach-us-anything-about-nfts (Erişim: 13.02.2022)

9 https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

10 BCTR Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, "Kripto Para – ICO Raporu", *BCTR,* Mayıs 2020, Çevrimiçi. https://bctr.org/dokumanlar/Kriptopara_ve_ICO.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

lardan değerli kılmaktadır.[11] *Tokenizasyon* ya da *tokenize* etme ise, dijital ortamda temsil edilebilen bir verinin gelişigüzel ve benzersiz bir değer ile ifade edilmesidir.[12]

Dijital ortamda bulunan müzik, resim, ses veya video dosyaları *tokenize* edilerek benzersiz bir dijital varlık haline getirilmekte ve bu *token*lar Non-Fungible Token[13] (NFT) olarak adlandırılmaktadır.[14] *Tokenize* etme eylemi ise, dijital bir varlığın kripto varlık olarak ifade edilmesi işlemi olarak tanımlanabilir. Bilinenin aksine NFT üretilirken müzik, resim, ses veya video dosyaları blok zincirine kaydedilmez; bu dosyaların ilgili ortama (IPFS'e) yüklendiğine ilişkin kanıt blok zincirine kaydedilir. Zira müzik, resim, ses veya video gibi büyük boyutlu dosyaların blok zincirine kaydedilmesi oldukça meşakkatli olduğundan bu dosyalar paketlere ayrılmış halde dağıtık ve eşler arası (P2P) yapıya sahip IPFS (Inter Planetery File System) protokolünde saklanır.[15] Blok zincirine işlenmesi amacıyla dijital varlığın (örn. resim, ses

11 Pınar Çağlayan Aksoy/Zehra Özkan Üner, "NFTs and copyright: challenges and opportunities", *Journal of Intellectual Property Law & Practice,* C. 16, Sa. 10, Y. 2021, s.1117, Çevrimiçi. http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/78125/NFTs_and_copyright_challenges_and_opportunities.pdf?sequence=1 (Erişim: 12.02.2022); Clifford C. Histed/Stephen M. Humenik/Jeremy M. McLaughlin/ Anthony RG Nolan/Judith Rinearson/Mark H. Wittow/Daniel-Charles V. Wolf/Jonathan M. Miner/Daniel S. Nuñez Cohen, "The Coming Blockchain Revolution in Consumption of Digital Art and Music: The Thinking Lawyer's Guide to Non-Fungible Tokens (NFTs)" KL Gates, 25 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.klgates.com/The-Coming-Blockchain-Revolution-in-Consumption-of-Digital-Art-and-Music-The-Thinking-Lawyers-Guide-to-Non-Fungible-Tokens-NFTs-3-25-2021 (Erişim: 12.02.2022).

12 Murat Sucu, "Dijital Yönetim İşletme Yönetiminde Yeni Bir Yaklaşım", Iksad Publications, 2021, s. 38.

13 Gayri Misli Jeton/Token olarak tercüme edilebilir.

14 https://www.natlawreview.com/article/coming-blockchain-revolution-consumption-digital-art-and-music-thinking-lawyer-s (Erişim Tarihi: 11.02.2022); Aksoy/Üner, a.g.e., s.1118; Cecilia Trevisi/ Roberto Moro Visconti/Andrea Cesaretti, "Non-Fungible Tokens (NFT): business models, legal aspects, and market valuation", Media Laws, Mart 2022, s1, Çevrimiçi. https://www.researchgate.net/publication/359134650_Non-Fungible_Tokens_NFT_business_models_legal_aspects_and_market_valuation (Erişim: 12.02.2022)

15 Andres Guadamuz, "The treachery of images: non-fungible tokens and copyright", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, s. 14, Çevrimiçi. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3905452 (Erişim: 12.02.2022); Aksoy/ Üner, a.g.e., s.1121; IPFS protokolü de günümüzün web sitelerini oluşturan HTTP ve HTTPS protokolleri benzeri bir protokol olup temel farkı merkezi olmayan, eşler arası (P2P) yapıda olmasıdır. https://docs.ipfs.io/how-to/mint-nfts-with-ipfs/#a-short-introduction-to-nfts (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

veya metin dosyası) IPFS üzerinde saklandığına dair işlem kanıtı blok zincirindeki akıllı sözleşmeye bir javascript kodu olarak iletilir. Blok zincirinde bu talep bir kodla karşılanır ve bu kod NFT'nin akıllı sözleşmesinde saklanır ve buna "mint" kodu adı verilmektedir. Günün sonunda NFT, *tokenID* olarak adlandırılan, "o" NFT'yi yani *token*ı işaret eden bir sayı ve sözleşme adresi olarak adlandırılabilecek, *token*ın (NFT'nin) bulunduğu blok zincirindeki (genellikle Ethereum blok zinciri kullanılmaktadır) akıllı sözleşmenin yerini işaret eden bir sayıdan ibaret bir koddur.[16] Bu şekilde yaratılan NFT'lere off-chain yani zincir dışı NFT adı verilmektedir. On-chain yani zincir içi NFT'lerde ise müzik, resim, ses veya video dosyaları gibi içerik ve meta veriler, NFT'lerde doğrudan blok zincirine yüklenir; ancak on-chain NFT'lerin hem depolama maliyetlerinin fazla olması hem de yükleme (upload) zorlukları nedeniyle yaygın kullanımı bulunmamaktadır.[17]

Bu kod, yani NFT, (İngilizcesiyle *Non-Fungible Tokens* Türkçesiyle *Gayri Misli Jetonlar)* her şeyden önce misli olmayan birer kripto varlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kripto varlıklar, kaynağını aldıkları ve IPFS protokolü üzerine yüklenen bir resim, görsel, grafik, video, ses, müzik, metin dosyası gibi verileri temsil etmektedirler. Kripto varlık olması sebebiyle değişitilemezlik, merkeziyetsizlik, geri dönüştürülemezlik gibi özellikleri taşımaktadır. Yani NFT'nin işaret ettiği (ya da NFT'nin temelinde yatan) görüntü, ses, video, metin vb. formattaki blok zincirinde işlem kanıtı bulunan bu dosyanın[18] benzersiz ve değiştirilemez olması NFT'leri son derece önemli kılmaktadır. Gayri misli olma yani adına da ilham olan *non-fungible* özelliği ise benzersiz olmasıdır. Misli olan yani *fungible token*lardan farkı, bir gayri misli jetonun aynısının bulunamaması, tekrar aynısının üretilememesi ve yerine başka bir şey ikame edilememesidir. Gayri misli jetonlara en büyük örnek kripto paralardır. Örneğin 1 *Bitcoin*, TL ya da USD gibi itibari para birimleriyle ifade edilebileceği ve ikame edilebileceği gibi *Ether* ya da *Link* gibi diğer kripto para birimleriyle de ifade edilebilir

---

16 Andres Guadamuz, "Non-fungible tokens (NFTs) and copyright", *WIPO Magazine*, Aralık 2021, Çevrimiçi. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (Erişim Tarihi: 11.02.2022); Aksoy/Üner, a.g.e., s.1120.

17 Aksoy/Üner, a.g.e., s.1121.

18 Yukarıda ifade ettiğimiz üzere esasında NFT'nin temelinde bulunan dosyalar değil, bu dosyaların IPFS protokolü üzerinde yer aldığına dair işlem kanıtları/ bağlantı adresleri blok zincirine kaydedilmektedir.

ve ikame edilebilir.[19] Dijital ortamda bulunan veriler eser sahipleri ya da komşu hak sahipleri veyahut üçüncü kişiler tarafından blok zinciri ağında *tokenize* edilerek (NFT'ye dönüştürülerek) benzersiz bir dijital varlık haline getirilebilmektedir. Örneğin bir müzisyen, bir şarkısını *tokenize* ederek (yani "mint"leyerek) gayri misli *token* haline getirip (yani eserini NFT haline getirip) üçüncü kişilere dijital ortamda satabilir.

Bu, İbrahim Çallı'nın *Deli Kadın* adlı tablosunun fiziki dünyada satışına benzetilebilirse de temel bir farkı bulunmaktadır: eser sahibi, yarattığı eserini değil, bu eseri bir URL içerisine yükleyerek bunu benzersiz bir *token* haline getirmekte ve bu kodu yani meta veriyi satmaktadır.[20] *Deli Kadın* tablosuna sahip olan kişi "tek bir" eserin mülkiyetini elinde bulundursa da *Deli Kadın* adlı cyberpunk eserin NFT'sine sahip olan kişi eserin mülkiyetine ya da telif haklarına değil, blok zincire kayıtlı eseri işaret eden kodun mülkiyetini elinde bulundurmaktadır. Başka bir anlatımla NFT, dijital mülkiyet hakkını ya da bir "eser"i değil, dijital mülkiyeti ya da bir eserin dijital nüshasını işaret eden ve işaret ettiği dijital mülkiyete/ telif hakkına konu ürünün benzersiz ve değiştirilemez olduğunu garanti eden bir kodun/ *token*ın mülkiyetine sahip olmayı ifade etmektedir.[21] Yani bu noktada NFT, dijital bir veri

---

19 Trevisi/Visconti/Cesaretti, a.g.e., s.4

20 Andres Guadamuz, "Copyfraud and Copyright Infringement in NFTs", TechnoLlama, 14 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.technollama.co.uk/copyrfraud-and-copyright-infringement-in-nfts (Erişim Tarihi: 11.02.2022); Aksoy/Üner, a.g.e., s.1122; Cristina Mesa, "Non Fungible Tokens: A Beeple Sells for $69 Million, Revolutionizing the Concept of Digital Property", Lexology, 16 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=caa4aefe-2a11-4970-88a0-437ac2501e5a (Erişim: 12.02.2022); Lance Koonce/ Sean M. Sullivan, "What You Don't Know About NFTs Could Hurt You: Non-Fungible Tokens and the Truth About Digital Asset Ownership" Davis Wright Tremine LLP, 24 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.dwt.com/insights/2021/03/what-are-non-fungible-tokens (Erişim: 12.02.2022)

21 Semih Sırrı Özdemir, "Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2021, C. 37 Sa. 3, s.72; Aksoy/ Üner, a.g.e., s.1123; Trevisi/isconti/Cesaretti, a.g.e., s.8; Guadamuz, "Can Copyright …"; Clifford C. Histed/ Stephen M. Humenik/Jeremy M. McLaughlin/Anthony RG Nolan/Judith Rinearson/ Mark H. Wittow/ Daniel-Charles V. Wolf/ Jonathan M. Miner/ Daniel S. Nuñez Cohen, a.g.e.; William Holmes, "What the NFT Craze Means for IP Law", Legal Cheek, 12 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.legalcheek.com/lc-journal-posts/what-the-non-fungible-token-craze-means-for-ip-law/ (Erişim: 11.02.2022); Andres Guadamuz, "What Do You Buy When You Buy an NFT?", TechnoLlama, 28 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft (Erişim: 11.02.2022);

(eserin dijital nüshası) üzerindeki mülkiyet hakkını işaret eden bir belirteçtir denilebilir. Telif hakları perspektifinden özgün bir tanım yapmak gerekirse NFT, dijital ortama yüklenen bir eserin benzersiz (gayri misli) kripto varlıklarla işaret edilmesi ya da işaretlenmesi yöntemidir.

Günümüzde NFT eserlerin satışının yapıldığı MakersPlace, Zora, OpenSea, Nifty Gateway ve Rarible gibi birçok pazaryeri bulunmaktadır. Bu pazaryerlerinden genellikle kripto para birimleriyle NFT alım-satımı yapılabilmektedir. Örneğin Murat Pak adlı sanatçı tarafından üretilen *The Merge* adlı görsel koleksiyon, Nifty Gateway adlı NFT pazaryerinde 266.885 adetle ve 91.8 milyon Amerikan Doları toplam satış fiyatı ile 2021 yılının en büyük NFT satışı rekorunu elinde bulundurmaktadır.[22] 2021 yılında tüm dünyada gerçekleşen NFT satışlarının toplam parasal karşılığı ise 41 milyar Amerikan Dolarıdır.[23] NFT pazaryerlerinde ödemeler kripto para karşılığı ve genellikle Ethereum kripto para birimi ile yapılmakta olup, burada belirtilen Amerikan Doları bazındaki tutarlar da Ethereum kripto para biriminin Amerikan Doları karşısındaki değerine göre artıp azalabilecektir.

Burada son olarak NFT'nin hukuki niteliğinin irdelenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Yukarıda da belirtildiği üzere NFT'ler en başta birer *token*dır. Yani kripto varlıklardır. Bu kripto varlıklar (NFT'ler) IPFS protokolü üzerine yüklenmiş olan metin, resim, ses veya video formatlarındaki dosyaları (dijital sanat eseri) işaret etmektedir.[24] Bu öyle bir işarettir ki NFT'leri, "o" esere işaret eden "yegâne" belirteç olarak tasvir edebiliriz. Bu açıdan NFT'ler, bir müzik eserini ihtiva eden bir CD, bir sinema eserinin bulunduğu USB bellek gibi taşıyıcılara da benzetilebilir. Dolayısıyla burada NFT üzerinde sahip olunan zilyetlik ve mülkiyet hakkı, dijital sanat eseri üzerindeki mülkiyet hakkını beraberinde getirmemekte; yalnızca sanat eserini işaret eden benzersiz bir kodun mülkiyetine sahip olmayı ifade etmektedir. Bu da NFT sahibi-

---

Ioanna Lapatoura, "Copyright & NFTs of Digital Artworks", IPKat, 23 Mart 2021, Çevrimiçi. https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/guest-post-copyright-nfts-of-digital.html (Erişim: 12.02.2022).

22 Çevrimiçi, https://cryptopotato.com/most-expensive-nfts-sold/ (Erişim: 11.02.2022). Sanatçı Murat Pak için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Pak_(creator)

23 Çevrimiçi, https://markets.businessinsider.com/news/currencies/nft-market-41-billion-nearing-fine-art-market-size-2022-1 (Erişim: 11.02.2022)

24 Trevisi/ Visconti/ Cesaretti, a.g.e., s.9.

ne sadece NFT'ye konu eserin şahsi kullanım hakkını bahşetmektedir. Çünkü NFT olarak tanımladığımız şey temelde bir koddan ibarettir. Türk Medeni Kanunu'nun 762'nci maddesine göre edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler de taşınır mülkiyetinin konusudur. Dolayısıyla gayri maddi bir varlık olmaları ve edinmeye elverişli olmaları sebebiyle NFT'lerin taşınır mülkiyetinin konusu olduğu şüphesizdir.[25] Diğer yandan, NFT'ler birer alacak hakkı olarak da karşımıza çıkmaktadır. Zira NFT'ye sahip olan bir kişi, NFT'nin üretildiği akıllı sözleşme uyarınca NFT'nin işaret ettiği eseri sonsuza dek işaret etmeye devam etmesini NFT üreticisinden ve hatta blok zincirinden talep etme, NFT'yi bir kripto varlık olarak sıcak veya soğuk cüzdanlarda saklama, NFT'yi satma, NFT'nin işaret ettiği eseri görüntüleyebilme/ ulaşabilme haklarına sahip olabilmektedir. İşte bu yönden de NFT'ler birer alacak hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü gibi NFT'ler bir yandan mülkiyet hakkı bir yandan da alacak hakkı ile ilişkilendirilebilmektedir.

3. NFT ve Telif Hakları Arasındaki İlişki

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere NFT, temelde dijital ortamda görüntü, metin, ses, grafik ya da video formatında var olan bir eserin *tokenize* edilmesi sonucu elde edilen bir kripto varlıktır. Yani bir koddur. Bu kodun kaynağında ise internet ortamında yüklenen dijital ortamda karşılığı bulunan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("FSEK") kapsamında "eser" olarak tabir edilebilecek ürünler bulunmaktadır. Yani bu noktada NFT'nin FSEK kapsamında eser olmadığı, sadece eseri işaret eden bir belirteç ya da taşıyıcı vasıta olduğu tekrar ifade edilmelidir.

İşte bu noktada NFT'lerin hem yaratımı hem de alım-satımı süreçlerinde telif hakkına ilişkin çeşitli tartışmalar gündeme gelebilmektedir. Çünkü NFT'lerin temelinde, IPFS protokolü üzerine yüklenmiş görüntü, metin, ses, grafik ya da video formatında bir dosya bulunmaktadır. Dolayısıyla bu dosyalarda yer alan eserlerin FSEK md. 1/B (a) bendi uyarınca eser vasfında olması halinde *web sayfasına yükleme, NFT'ye dönüştürme/ mintleme/ tokenize etme, elde edilen tokenı (NFT'yi) üçüncü kişilere satma* eylemlerinin FSEK md. 14 ve devamında düzen-

25 Altınok, a.g.e., s. 1334.

lenen manevi haklar, FSEK md. 21 ve devamında düzenlenen mali haklar ve FSEK md. 80'de düzenlenen bağlantılı haklar kapsamında irdelenmesi gerekmektedir.

NFT oluşturma sürecinde dijital ortamda metin, görüntü, ses, grafik ya da video formatlarında bulunan bir dosyanın; yani bu formatlarla dijital ortamda görüntülenebilen eserin[26] NFT oluşturulan platform üzerindeki bir web sayfasına yüklenmesi gerekmektedir. Arka planda web sayfasına yüklenen bu dosya IPFS protokolü üzerine yüklenmektedir. Akabinde NFT oluşturma yani *tokenizasyon* veya *mintleme* süreçlerinde arka planda blok zincirine ve buradaki akıllı sözleşmeye birtakım javascript komutları gönderilerek web sayfasına/ IPFS ortamına yüklenen dosyaya ilişkin işlem kanıtı blok zincirine eklenmektedir.[27] İşte bu sürecin en başındaki "yükleme" eyleminin sonucunda yüklenen "o" veriye (esere) ait değiştirilemez ve benzersiz bir *token* (kod) elde edilecek ve bu *token* NFT olarak adlandırılacaktır. İşte bu yükleme (*upload* etme) eylemi FSEK md. 22'de düzenlenen çoğaltma hakkının ve bu yükleme sonucu üçüncü kişilerce erişilebilir hale getirilmek suretiyle kamuya arz edilmesi de FSEK md. 25'te düzenlenen umuma iletim haklarının kullanımı olarak karşımıza çıkmaktadır.[28] Yayma hakkı, eserin maddi nüshalarını kapsadığı için maddi olmayan içeriğin internet ortamı üzerinden çoğaltılıp üçüncü kişilere iletiminin yayma hakkı kapsamında olmadığı doktrinde vurgulanmaktadır.[29] Bu kapsamda NFT yaratım süreçlerinde yayma hakkından ziyade çoğaltma ve umuma iletim haklarının kullanımı söz konusu olabilecektir.

---

26 Bu noktada fiziki varlığı olan bir eserin örneğin bir yağlıboya tablonun bilgisayar ortamına taranarak NFT'leştirilmesi mümkün olabileceği gibi salt NFT'leştirmek amacıyla da bilgisayar ortamında güzel sanat eseri üretilebilir.

27 Andres Guadamuz, "The treachery of images: non-fungible tokens and copyright", s.4.

28 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 169; Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.472; Aksoy/ Üner, a.g.e., s.1123.

29 Levent Yavuz/Türkay Alıca/Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, 2013, s. 955; Mustafa Aksu, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuza Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", *TFM*, Y. 2015, Sa. 1, s. 3; Tekin Memiş, Fikrî Hukuk Bakımından Internet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 110; Bozbel, a.g.e., s.472.

NFT'ye dönüştürme/ mintleme/ tokenize etme, elde edilen tokenı (NFT'yi) üçüncü kişilere satma eylemlerinde ise -web sayfasına yükleme sonrasındaki süreç- temelde FSEK'te düzenlenen bir mali hakkın kullanıldığı kanaatinde değiliz. Zira yukarıda da vurguladığımız gibi sahip olunan NFT, işaret ettiği ve web sayfasına yüklenen eser üzerinde bir mülkiyet hakkını (veya FSEK kapsamındaki hakları ya da ruhsatı) ifade etmemektedir.[30] Sahip olunan NFT, sadece işaret ettiği esere ilişkin bir anahtar ya da belirteç vazifesi görmektedir. Bu sebeple NFT yaratılırken eser bir kez web sayfasına yüklendikten sonra elde edilen NFT'nin satılması ve benzeri eylemler FSEK kapsamında değerlendirilemeyecektir. Buna karşın uygulamada NFT satışlarında sadece NFT'yi oluşturan kod değil, NFT'nin işaret eser de NFT koleksiyonlarında sergilenmekte veya paylaşılmaktadır. Bu durumda da yine bir üst paragrafta belirtilen umuma iletim ve çoğaltma haklarının kullanımı gündeme gelecektir.

Görüldüğü üzere dijital ortamda bir eseri işaretleyip benzersizliğini tescillemek, eserin manipülasyonunu imkânsız kılarak onu geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde akıllı sözleşme vasıtasıyla blok zincirine kaydederek "o" eserin *token*ını elde etmek için yürütülen sürece NFT oluşturma adını verebiliriz. Bu süreçte de eserin ilk kez mi web ortamına/ IPFS protokolüne yüklendiği, eserin web ortamına/ IPFS prtokolüne kim tarafından yüklendiği, eserin web ortamına/ IPFS protokolüne yüklenirken yaratıcısının adının belirtilip belirtilmediği, eser web ortamında/ IPFS protokolüne yüklenmeden önce orijinalliğinin bozulup bozulmadığı gibi ihtimaller FSEK'te düzenlenen eser sahibinin mali ve manevi haklarının veya diğer hak sahiplerinin mali haklarının ve bağlantılı haklarının ihlali sonucunu doğurabilmektedir.

4. NFT ve Telif Hakkı İhlalleri

4.1. NFT Oluşturulurken

Burada irdelenmesi gereken durum, NFT'lenen verinin (eserin) hak sahipleri tarafından mı NFT'leştirildiği tartışmasıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere NFT yatarım sürecinin temel amacı, dijital ortamda temsil edilebilen bir eserin IPFS protokolüne kaydedildiğine dair

---
[30] Trevisi/Visconti/Cesaretti, a.g.e., s.10.

işlem kanıtının blok zincirine eklenerek eserin değiştirilemezliğinin ve benzersizliğinin tescillenmesidir. Teknik olarak bu "tescil" yani blok zincirine kaydetme işlemi için ilk adım, NFT'nin temelinde yatan eseri web ortamına/ IPFS ortamına yüklemektir. Böylece yüklenen bu eser, Ethereum blok zincirine ERC-721 standartı ile eklenerek benzersizliği sağlanarak *tokenize* edilecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere "web ortamına/ IPFS protokolüne yükleme" eylemi temelde FSEK'te düzenlenen çoğaltma ve umuma iletim haklarının kullanımı olarak karşımıza çıkmaktadır.[31] Şayet bir eser, hak sahibinin rızası dışında NFT'leştirilmişse bu durumda mali hak sahiplerinin çoğaltma ve umuma iletim hakları ihlal edilmiş olacaktır. Örneğin çizer Uğur Gürsoy'un "Fırat" karakterine ilişkin bir çiziminin eser sahibi Uğur Gürsoy'un rızası olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından NFT'ye dönüştürülmesi halinde eser IPFS protokolüne veya Open Sea platformu aracılığıyla web ortamına yüklenmek suretiyle eser sahibinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olacak; üretilen NFT'nin satışa arz edilmesiyle de umuma iletim hakları ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim 2021 yılının Aralık ayında, OpenSea adlı NFT pazaryeri platformunda bulunan Mason Rothschild hesap adlı bir NFT yaratıcısı, dünyaca ünlü Hermes firmasının Birkin modeli kadın çantası tasarımını 100 farklı varyasyonla yeniden tasarlayarak NFT haline getirmiş ve OpenSea üzerinde satışa sunmuştur; akabinde Hermes firması durumu OpenSea'ye bildererek herhangi bir yasal süreç başlamadan OpenSea tarafından NFT koleksiyonu kaldırılmıştır.[32]

Ancak durum ilk bakışta her ne kadar böyle gözükse de burada NFT yaratım sürecine esas eserin nasıl kullanıldığını ve NFT'nin nasıl yaratıldığını Esasında bir NFT alıcısı, bir NFT satın aldığında, ilişkili eserin bir kopyasını içeren dosyaya erişmek için bir bağlantı (link) edinmektedir.[33] NFT'ler ise genellikle iki yöntemle yaratılabilir. Birinci

---

31 Selva Kaynak/Serhat Koç, "Telif Hakları Hukuku'nun Yeni Macerası: Sosyal Medya", *Folklor/Edebiyat*, Y. 2015, C. 21, Sa. 83, s. 408, Çevrimiçi. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/255551 (Erişim Tarihi: 12.02.2022); Tekinalp, a.g.e., s.169; Bozbel, a.g.e., s.472.

32 https://iprgezgini.org/2021/12/30/nft-ile-marka-haklari-birkin-cantalari-icin-catisiyor-hermes-v-metabirkins/ (Erişim Tarihi: 12.02.2022)

33 Simon J. Frankel, "What Copyright Lawyers Need to Know About NFTs", Bloomberg Law, 16 Temmuz 2021, Çevrimiçi. https://news.bloomberglaw.com/ip-law/what-copyright-lawyers-need-to-know-about-nfts (Erişim: 13.02.2022)

yöntemde, orijinal eserin bir kopyası IPFS protokolü aracılığıyla internet ortamına yüklendiğine ilişkin kanıt blok zincirine kaydedilir; ikinci yöntemde ise NFT yaratıcısı, orijinal eserin bir kopyasını IPFS vb. protokoller aracılığıyla internet ortamına yüklemek yerine, orijinal eserin yer aldığı internet alanına (URL adresi gibi) işaret eden bağlantı sağlar.[34] İşte bu noktada bağlantı sağlama (link verme) eylemi özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") *Svensson* ve *GS Media* kararları bağlamında ele alınmalıdır.[35] ABAD'ın 2014 tarihli *Svensson* kararına göre telif hakkına konu bir esere bağlantı sağlamak (link vermek) eser sahibinin umuma iletim hakkının kullanımı teşkil etmekle birlikte sağlanan bu bağlantı (verilen link) yeni bir kamuyu hedef almadığı sürece eser sahibinin veya hak sahibinin umuma iletim hakkını ihlal etmemektedir.[36] ABAD'a göre "yeni kamu" ise telif hakkı sahibinin umuma iletimi amaçlamadığı her türlü kitledir.[37] Yine ABAD'ın 2016 tarihli *GS Media* kararına göre ise *Svensson* kararına ek olarak bağlantı verme eyleminin telif hakkı sahibinin umuma iletim hakkını ihlal edebilmesi için bağlantı verilen eserin o internet sayfasında telif hakkı sahibinin rızası hilafına bulunduğunun bağlantı veren kişi tarafından bilinmesi veya makul olarak bilinmesinin beklenmesi gerekliliğidir.[38] *GS Media* kararlarından yola çıktığımızda ise bir ressamın kendisine ait internet sayfasında sergilediği bir tablonun NFT haline getirilmesi süreci, tablonun görseli blok zincirine doğrudan yüklenmeyerek bunun yerine eser sahibi ressamın internet sayfasındaki URL adresine bağlantı sağlanmak suretiyle (off-chain NFT) yürütülmüşse bu durumda internet ortamında herkes tarafından serbestçe erişilebilen ve eser sahibi ressamın izniyle kamuya iletilmiş olan bir tabloya erişim sağlanacağı için kural olarak eser sahibinin umuma iletim hakkının

---

34 Frankel, a.g.e.

35 Aksoy/Üner, a.g.e., s.1122.

36 Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76. Karar için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0466&from=EN (Erişim: 12.02.2022)

37 Ahunur Açıkgöz, "Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, Y. 2021, Sa. 4, s.240.

38 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644. Karar için bkz. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183124&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4808934 (Erişim: 12.02.2022)

ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir.[39] Ancak *Svensson* kararındaki "yeni umum" kavramı kanımızca NFT'leştirme süreçleri açısından son derece önemli olup yukarıdaki örnek bakımından eser sahibi ressamın çizdiği tabloların birer fotoğrafını kendisine ait internet sitesinde sergileyerek buna erişmesini hedeflediği umum ile NFT haline getirilen eserlerini satın alacak umum birbirinden farklı olduğu değerlendirildiği takdirde, -kanaatimizce burada umuma iletim yöntemi dahi gözetilmelidir- NFT'leştirilen eser bakımından "yeni umum"a iletim söz konusu olacak ve eser sahibi ressamın umuma iletim hakkının ihlal edildiğinin ifade edilmesi gerekecektir.

Son olarak ifade etmemiz gerekir ki FSEK açısından "yeni umum" kavramının herhangi bir karşılığı bulunmamakta olup ilk iletimi takip eden tüm iletimler umuma iletim kapsamında değerlendirilmektedir.[40]

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer mali hak ihlali de "işleme hakkı"nın ihlalidir. NFT yaratım sürecindeki IPFS protokolüne/ web ortamına yükleme eyleminden önce, NFT yaratıcıları tarafından orijinal eser üzerinde çeşitli değişiklikler yapılabilmektedir. Aynı Hermes firmasının Birkin çantalarında olduğu gibi NFT yaratıcıları, eser sahibinden izin almaksızın orijinal eser üzerinde çeşitli değişiklikler yapmak suretiyle eser sahibinin işleme hakkını da ihlal edebilmektedir.

Yine bu kapsamda eser sahibinin sahip olduğu manevi haklardan *adın belirtilmesini isteme hakkı* ve eser henüz umuma arz edilmemişse *umuma arz salahiyetinin* ihlali de gündeme gelebilecektir.

Eser sahibi veya mali hak sahibinin haklarının yanı sıra FSEK md. 80'de düzenlenen bağlantılı hakların da ihlali söz konusu olabilecektir. Bu meyanda bir eserin NFT'leştirilmesi sürecinde, icracı sanatçıların tespit edilmiş bir icranın çoğaltılmasına ve umuma iletimine izin verme ile umuma dağıtım hakları; fonogram yapımcılarının tespit edilmiş bir icranın çoğaltılmasına ve umuma iletimine izin verme ile umuma dağıtım hakları; radyo-televizyon kuruluşlarının yayınlar üzerindeki çoğaltma ve umuma iletim hakları; film yapımcılarının film tespitlerinin çoğaltılmasına ve umuma iletimine izin verme ile umuma dağıtım

39 Aksoy/Üner, a.g.e., s.1122.
40 Açıkgöz, a.g.e., s. 241.

haklarının ihlali gündeme gelebilmektedir. Örneğin bir sinema eserinin umuma iletimi noktasında FSEK md. 80 uyarınca film yapımcısının umuma iletime izin verme veya yasaklama hakkı bulunmaktadır. Yapımcının izni olmaksızın filmin belli sahnelerinin film senaristi ya da yönetmeni tarafından NFT'leştirilmesi halinde film yapımcısının bağlantılı hakları ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim yine 2021 yılında, Quentin Tarantino tarafından senaryosu yazılıp yönetmenliği yapılan Pulp Fiction adlı filmin hiç yayınlanmayan ve film projesine dahil edilmeyen 7 sahnesinin NFT olarak satışa çıkartılacağı Quentin Tarantino tarafından kamuya duyurulduktan sonra filmin yapımcısı olan Miramax, LLC firması tarafından Quentin Tarantino aleyhine dava açılmıştır.[41]

4.2. Satın Alınmış Bir NFT Kullanılırken

Yukarıdaki başlıkta eser sahibinin veya mali hak ya da komşu hak sahibinin ("hak sahipleri") haklarını ihlal edecek şekilde bir eserin NFT'leştirilmesinden bahsedilmişti. Burada ise hak sahipleri tarafından üretilen ve sonradan satın alınan NFT'lerin kullanımı sürecindeki telif hakkı ihlallerinden bahsedilecektir. Başka bir anlatımla, bu başlık altında bahsi geçen tüm NFT'ler, hukuka uygun şekilde üretilmiş birer kripto varlık olarak ele alınacaktır.

İşte bu noktada bir NFT'ye sahip olan kişinin, NFT'yi kullanırken NFT'nin işaret ettiği metin, resim, ses veya video formatlarındaki dosyalardan yani eserden doğan mali hakları tasarruf hakkının bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıdaki paragrafta NFT'nin esasında bir kod olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla bir eserin NFT'sine sahip olan kişinin o eseri değil, o eseri işaret eden kodu elinde bulundurduğu için eserin mali hakları üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmayacağı ifade edilmelidir.[42] NFT sahibi eserin mali hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasa da eseri işaret eden NFT'yi yani kripto varlığı (gayri misli jetonu) alıp satma hakkına sahiptir. Bu noktada NFT ile bir eserin aslı/ çoğaltılmış nüshaları

---

41 https://abovethelaw.com/2021/11/quentin-tarantino-gets-hit-with-a-lawsuit-over-planned-pulp-fiction-nft-drop/ (Erişim Tarihi: 13.02.2022)

42 Aksoy/Üner, a.g.e., s.1124; Ghaid Mahmood/Jordan Naftalis/Wenqian (Veronican) Ye, "NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?" Fashion Law, 18 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/ (Erişim: 13.02.2022)

birbirine benzetilebilir. Bu sebeple NFT sahibi, NFT'nin işaret ettiği eserin dijital ortama yüklenmiş kopyasını yalnızca şahsi amaçla kullanabilecektir.[43] Bu da FSEK md. 38 hükmü çerçevesinde NFT sahibinin NFT'nin işaret ettiği eseri şahsi kullanım amacıyla çoğaltabileceği anlamına gelecektir. Örneğin Cem Yılmaz koleksiyonundan *Komutan Logar 3/3*[44] adlı NFT'ye sahip olan bir kişinin NFT'ye konu dijital eseri Twitter hesabının profil fotoğrafı olarak kullanmak suretiyle şahsi amaçla çoğaltması hukuken mümkündür.

Dolayısıyla NFT sahibi, eser üzerinde FSEK'te düzenlenen mali hakların kullanımı niteliğindeki eylemleri gerçekleştiremeyecektir. Çünkü kural olarak bir eserini NFT haline getiren ve satışa sunan eser sahibi, mali hak sahibi ya da komşu hak sahibi, ürettiği bu NFT'leri satarken NFT'nin işaret ettiği esere ilişkin sahip olduğu hakları devretmemekte ya da ruhsat vermemektedir.[45] Her şeyden önce FSEK md. 52'ye göre mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması gerekmektedir. Bu hüküm, bir eserin mali haklarına ilişkin devir ve ruhsat gibi hukuki işlemlerin yazılı geçerlilik şartına bağlı olduğunu ifade etmektedir. NFT satışlarının yapıldığı pazaryerlerinde ise dünyanın dört bir yanından NFT üreticileri/ satıcıları ile NFT alıcıları arasında alım-satım sözleşmeleri taraflar bir araya gelmeksizin mesafeli olarak akdedilmekte ve taraflar arasında yazılı sözleşme kurulması mümkün olmamaktadır. Bu da FSEK md. 52 uyarınca geçerli bir mali hak devrinin ya da ruhsatının hukuken söz konusu olamayacağı anlamına gelmektedir. Bu sebeple örneğin Selçuk Erdem'in *Fluffy Polar Bears* koleksiyonundaki 55 adet NFT'ye sahip olan kişi, sahip olduğu NFT'lere konu çizimleri kâğıda bastırıp bunun sergisini açamayacaktır.

Peki her durumda aynı sonuca varabilir miyiz? Bunun yorumu açısından bu noktada NFT yaratıcıları tarafından zaman zaman hazırlanan *whitepaperların* yani izah namelerin önem arz ettiğini düşünüyoruz. NFT üreticileri *whitepaper* olarak da adlandırılan bir izah name

43 David B. Hoppe, "United States: Legal and Regulatory Challanges Related to Non-Fungible Assets", Çevrimiçi. https://www.mondaq.com/unitedstates/fin-tech/1062494/legal-and-regulatory-challenges-related-to-non-fungible-assets (Erişim Tarihi: 13.02.2022).

44 Komutan Logar 3/3 adlı NFT için bkz. https://opensea.io/assets/0x495f947276749ce646f68ac8c248420045cb7b5e/3031897583697 788304987527641077109878377257121907853739306752522983378518016 1 (Erişim Tarihi: 13s.02.2022)

45 Özdemir, a.g.e., s. 77.

dokümanını hazırlayarak NFT'nin ve NFT'ye konu eserin kapsamı, satın alınması halinde bunu nasıl kullanacağı, NFT projesinin nasıl *tokenize* edildiği, NFT satın aldığında bunun karşılığında NFT sahibine ne vaadedildiği hakkında bilgi verebilmektedirler. Opensea ve benzeri NFT pazaryerlerinde satışa sunulan NFT'lerde genellikle bu tip izah nameler hazırlanmasa da daha büyük NFT projelerinde bu tür izah nameler hazırlanmaktadır. Örneğin 9D NFT adlı NFT oyununu geliştiren 9D NFT Project tarafından hazırlanan izah namede oyun kapsamında satın alınan/ kazanılan NFT'lerin oyunun herhangi bir unsuruna ilişkin telif haklarının devri anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir.[46] Benzer şekilde NFT oluşturan eser sahipleri veya NFT satışlarının yapıldığı pazaryerleri de kendi lisans koşullarını belirleyerek telif hakkı sorunlarını çözmeye çalışmaktadır.[47] Örneğin Makersplace adlı NFT pazaryeri platformunun lisans sözleşmesine göre NFT alıcıları satın aldıkları NFT'leri ticari amaç için kullanamazlar; yalnızca kullanım, dağıtım ve yeniden satım haklarına sahip olurlar.[48]

Bir NFT yaratıcısının hazırladığı izah namede ya da hazırlanan lisans koşullarında/ sözleşmelerinde *bu NFT'yi satın alarak NFT'ye konu müzik eserini işlettiğiniz kafede çalabilir veya NFT koleksiyonunuzla bir konser verebilirsiniz* şeklinde bir açıklama olduğu varsayımında da mali hakların devredilmediği ya da ruhsatının verilmediği sonucuna varabilir miyiz? NFT'ye konu müzik eserinin kafede çalınması FSEK md. 25 uyarınca umuma iletim hakkının kullanımının basit bir örneğidir.[49] Bu örnekte her ne kadar eser sahibi, NFT'leştirdiği eserine ilişkin NFT izah namesinde ya da hazırlanan lisans koşullarında/ sözleşmelerinde umuma iletim hakkına ve temsil hakkına ilişkin olarak bu hakları kullanma yetkisini (ruhsat) NFT'yi satın alacak kişiye bırakmış gibi gözükse de FSEK md. 52 hükmü bu noktada son derece açıktır. Hükme göre mali haklara ilişkin devir ve ruhsat gibi hukuki işlemlerin yazılı şekilde yapılmış olması geçerlilik şartıdır. Kanaatimizce burada her ne kadar izah namedeki ya da hazırlanan lisans koşullarındaki/ sözleş-

---

46 White Paper için bkz. https://9dnft.com/whitepaper-9dnft.pdf (Erişim Tarihi: 13.02.2022)

47 Aksoy/Üner, a.g.e., s.1125.

48 Mesa, a.g.e.

49 Sinan Bayındır, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletme Suçu", *TBB Dergisi*, Y. 2014, Sa. 113, s. 322.

melerindeki bu ifade FSEK md. 52 hükmü sebebiyle geçerli bir hukuki işlem olmasa da NFT'yi satın alan kişinin NFT'ye konu esere ilişkin umuma iletim hakkını kullanması halinde eser sahibi bu kullanımın hukuka aykırı olduğunu, mali haklarına tecavüz edildiğini ve hukuki işlemin geçersiz olduğunu Türk Medeni Kanunu md. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olması sebebiyle ileri süremeyecektir.[50]

4.3. NFT Alıcılarının ve Pazaryerlerinin Durumu

Görüldüğü üzere telif hakkı ihlalleri temelde NFT yaratım süreçlerinde ortaya çıkmakta ve sonrasında devam edebilmektedir. Zira her şeyden önce NFT'ler her ne kadar değiştirilemez ve benzersiz niteliğe sahip olsalar da NFT'nin gerçekten de NFT'te konu eser sahibi/ hak sahibi tarafından yaratıldığı veya bu eserin özgün olduğu garanti edilemez.[51] Bu noktada bir diğer mesele de telif hakkını ihlal eden NFT'yi satın alan kişilerin durumunun ne olacağı ve NFT pazaryerlerinin sorumluluğunun ne olduğudur. Bu noktada özellikle NFT alıcılarının ciddi anlamda mağdur olma riski bulunmaktadır.

NFT pazaryerlerini 5651 s. Kanun kapsamında "yer sağlayıcı" olarak hukuken nitelendirmek mümkündür. Bu durumda eser sahibi ya da mali hak veya bağlantılı hak sahiplerinin telif haklarını ihlal eden bir NFT satışı olması halinde kural olarak NFT pazaryerinin "içeriğin hukuka aykırılığını inceleme yükümlülüğü" bulunmadığı için hukuki ve cezai sorumluluğunun da bulunmadığı savunulabilir. Ancak ihlal durumundan haberdar olması halinde NFT pazaryerlerinin içeriği erişime engelleme ve/veya içerikten çıkartma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük gerek 5651 s. Kanun'dan gerekse FSEK Ek Madde 4/3 hükmünden kaynaklanmaktadır. Burada içeriği kaldırma sadece pazaryeri üzerindeki koleksiyonu silme şeklinde olabilecektir; yoksa bir NFT'nin blok zincirinden silinmesi blok zincirinin değiştirilemezlik, geri dönüştürülemezlik, müdahale edilemezlik ve merkeziyetsizlik özellikleri sebebiyle teknik olarak mümkün değildir. Ancak

50 Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler", *FMR*, Y. 2021, C.1, s. 41.; Hasan Kadir Yılmaztekin, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği İle Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri", *Adalet Dergisi*, Y. 2020, Sa. 2, s. 530.

51 Aksoy/Üner, a.g.e., s.1125.

bu tedbir sadece NFT pazaryerlerinde satışa arz sürecinde söz konusu olabilecektir. NFT'nin satışı bir kez yapıldıktan sonra erişimi engelleme veya içerikten çıkartma tedbirinin uygulanması özellikle NFT'nin soğuk cüzdan olarak adlandırılan çevrimdışı ortamda saklanması gibi durumlarda teknik olarak mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce bu durumlarda telif hakkı ihlal edilen kişiler tazminat davası ikame ederek NFT'nin satış bedeli, sonraki satışlardan NFT üreticisinin alacağı pay gibi uğradığı zararları tazmin edebilecektir.

5. Sonuç

Yukarıda üzerinde durulduğu üzere NFT'ler yani İngilizcesiyle *Non-Fungible Tokens* Türkçesiyle *Gayri Misli Jetonlar* ya da *Gayri Misli Kripto Varlıklar* kripto varlık ekosisteminde gerek dijital ortamda sanatını icra eden yeni nesil sanatçılar gerek geleneksel yöntemlerle sanatını icra eden sanatçılar tarafından gerekse yeni nesil dijital koleksiyonerler tarafından son derece hızlı bir şekilde benimsenerek önemli bir yer kazanmıştır. Bu süreçte gerek mali hak gerekse bağlantılı hak sahipleri, hak sahibi oldukları eserleri dijital ortama taşıyıp NFT'leşitirerek kripto varlık haline getirmiş ve NFT pazar yerlerinde bunları son derece yüksek meblağda itibari paraya tekabül edecek tutarda kripto paralara satmışlardır. NFT'lerin pazar payının milyonlarca dolar seviyesinde olması NFT satışlarında çeşitli telif hakkı ihlallerinin de önünü açmıştır. Eser sahibi olmayan ya da eser sahibi olmakla birlikte mali haklarını devretmiş olan kişiler, hak sahibinden herhangi bir şekilde izin almaksızın eserleri NFT'leştirerek bunları satışa arz etmekte ve bu yolla çeşitli telif hakkı ihlallerine sebep olabilmektedir.

Telif hakları perspektifinden NFT, dijital ortama yüklenen bir eserin benzersiz (gayri misli) kripto varlıklarla işaret edilmesi ya da işaretlenmesi yöntemidir. Dolayısıyla bu noktada ilk olarak "dijital ortama yükleme" eylemi telif hakkı ihlaline neden olabilecektir. Bu eylem bakımından eser sahibi ve mali hak sahiplerinin çoğaltma hakkı ile umuma iletim haklarının kullanımı; bağlantılı hak sahiplerininse umuma iletime izin verme ve çoğaltma haklarının kullanımı söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla FSEK md. 52 hükmüne uygun şekilde mali hakların devri ya da ruhsat yoluyla kullanım hakkının devrine ilişkin bir hukuki işlem gerçekleştirilmedikçe yaratılan NFT'nin de hak sahiplerinin FSEK'ten doğan telif haklarını ihlal ettiği söylenmelidir.

Bir diğer durum ise hukuka uygun şekilde telif hakkı sahipleri tarafından ya da bu kişilerin rızasıyla yaratılan NFT'lerin üçüncü kişilerce satın alındıktan sonra kullanımı süreçlerindeki telif hakkı ihlalleridir. Uygulamada çoğu kişi, bir NFT satın aldığında NFT'nin işaret ettiği eserin de telif haklarına sahip olduğu yanılgısıyla hareket edebilmekte ve eserin mali haklarına tecavüz edecek eylemlerde bulunabilmektedir. İşte bu noktada ön yorum olarak FSEK md. 52 hükmü uyarınca mali haklara ilişkin devir ve ruhsat gibi hukuki işlemlerin yazılı şekil şartına tabi olması nedeniyle NFT satın alımı sürecinde gerçekleştirilen hukuki işlemlerin şekle aykırılıktan dolayı batıl olduğu söylenebilir. Ancak kanımızca NFT pazaryerlerinde ya da daha büyük çaplı NFT projelerinde eserin mali haklarının da devri ya da ruhsat yoluyla kullanım hakkının devri anlamına gelebilecek izah namelerin (white paper) içerikleri Türk Medeni Kanunu md. 2 "dürüstlük kuralı" ve "hakkın kötüye kullanılması yasağı" kapsamında değerlendirilerek her bir somut uyuşmazlık yorumlanmalıdır.

Kaynakça

Makaleler

Açıkgöz Ahunur, "Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 25, Y. 2021, Sa. 4, s. 217-270.

Aksoy Çağlayan Pınar/Üner Özkan Zehra, "NFTs and copyright: challenges and opportunities", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, C. 16, Sa. 10, Y. 2021, s.1115-1126, Çevrimiçi. http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/78125/NFTs_and_copyright_challenges_and_opportunities.pdf?sequence=1 (Erişim: 12.02.2022)

Aksu Mustafa, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuza Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi", *TFM,* Y. 2015, Sa. 1, s. 1-28.

Altınok Arda, "Kripto Varlıklar ile ICO'nun Hukuki Niteliği ve Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme" *Legal Mali Hukuk Dergisi,* 2021, Sa. 197 s. 1313- 1352

Bayındır Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletme Suçu", *TBB Dergisi*, Y. 2014, Sa. 113, s. 307-338.

BCTR Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, "Kripto Para – ICO Raporu", *BCTR,* Mayıs 2020, Çevrimiçi. https://bctr.org/dokumanlar/Kripto-para_ve_ICO.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

Frankel Simon J., “What Copyright Lawyers Need to Know About NFTs”, Bloomberg Law, 16 Temmuz 2021, Çevrimiçi. https://news.bloomberglaw.com/ip-law/what-copyright-lawyers-need-to-know-about-nfts (Erişim: 13.02.2022)

Gilcrest Jack /Carvalho Arthur, “Smart Contracts: Legal Considerations”, IEEE Big Data Konferansı, 2018, s. 3277-3281, Doi: 10.1109/BigData.2018.8622584. Çevrimiçi. https://www.researchgate.net/publication/330626140_Smart_Contracts_Legal_Considerations (Erişim: 10.02.2022)

Guadamuz Andres, “Can Copyright Teach Us Anything about NFTs?”, TechnoLlama, 7 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.technollama.co.uk/can-copyright-teach-us-anything-about-nfts (Erişim: 13.02.2022)

Guadamuz Andres, “Copyfraud and Copyright Infringement in NFTs”, TechnoLlama, 14 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.technollama.co.uk/copyrfraud-and-copyright-infringement-in-nfts (Erişim Tarihi: 11.02.2022);

Guadamuz Andres, “Non-fungible tokens (NFTs) and copyright”, *WIPO Magazine*, Aralık 2021, Çevrimiçi. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

Guadamuz Andres, “The treachery of images: non-fungible tokens and copyright”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, s.4, Çevrimiçi. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3905452 (Erişim: 12.02.2022)

Guadamuz Andres, “What Do You Buy When You Buy an NFT?”, TechnoLlama, 28 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft (Erişim: 11.02.2022)

Histed Clifford C. and others, “The Coming Blockchain Revolution in Consumption of Digital Art and Music: The Thinking Lawyer’s Guide to Non-Fungible Tokens (NFTs)” KL Gates, 25 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.klgates.com/The-Coming-Blockchain-Revolution-in-Consumption-of-Digital-Art-and-Music-The-Thinking-Lawyers-Guide-to-Non-Fungible-Tokens-NFTs-3-25-2021 (Erişim: 12.02.2022)

Holmes William, “What the NFT Craze Means for IP Law”, Legal Cheek, 12 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.legalcheek.com/lc-journal-posts/what-the-non-fungible-token-craze-means-for-ip-law/ (Erişim: 11.02.2022)

Hoppe David B., “United States: Legal and Regulatory Challanges Related to Non-Fungible Assets”, Çevrimiçi. https://www.mondaq.com/unitedstates/fintech/1062494/legal-and-regulatory-challenges-related-to-non-fungible-assets (Erişim Tarihi: 13.02.2022).

Kaynak Selva/Koç Serhat, “Telif Hakları Hukuku’nun Yeni Macerası: Sosyal Medya”, *Folklor/Edebiyat*, Y. 2015, C. 21, Sa. 83, s. 389-410, Çevrimiçi. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/255551 (Erişim Tarihi: 12.02.2022).

Koonce Lance /Sullivan Sean M., “What You Don’t Know About NFTs Could Hurt You: Non-Fungible Tokens and the Truth About Digital Asset Ownership” Davis Wright Tremine LLP, 24 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.dwt.com/insights/2021/03/what-are-non-fungible-tokens (Erişim: 12.02.2022)

Krzisnik Mina, “Non-Fungible Tokens-from a Legal Perspective”, Medium, 26 Şubat 2019, Çevrimiçi. https://medium.com/the-capital/non-fungible-tokens-from-a-legal-perspective-51de03ea0b06 (Erişim: 12.02.2022)

Lapatoura Ioanna, "Copyright & NFTs of Digital Artworks", IPKat, 23 Mart 2021, Çevrimiçi. https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/guest-post-copyright-nfts-of-digital.html (Erişim: 12.02.2022)

Mahmood Ghaid/Naftalis Jordan/Ye Wenqian (Veronican), "NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?" Fashion Law, 18 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/ (Erişim: 13.02.2022)

Mesa Cristina, "Non Fungible Tokens: A Beeple Sells for $69 Million, Revolutionizing the Concept of Digital Property", Lexology, 16 Mart 2021, Çevrimiçi. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=caa4aefe-2a11-4970-88a0-437ac2501e5a (Erişim: 12.02.2022)

Özdemir Semih Sırrı, "Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2021, C. 37 Sa. 3, s.45-91.

Tanrıverdi Mustafa/Uysal Mevlüt/Üstündağ Mutlu Tahsin, "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Alanyazın İncelemesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2019, C. 12 Sa. 3, s. 203-217, Çevrimiçi, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775807 (Erişim Tarihi: 11.02.2022)

Trevisi Cecilia/Visconti Roberto Moro/Cesaretti Andrea, "Non-Fungible Tokens (NFT): business models, legal aspects, and market valuation", *Media Laws*, Mart 2022, Çevrimiçi. https://www.researchgate.net/publication/359134650_Non-Fungible_Tokens_NFT_business_models_legal_aspects_and_market_valuation (Erişim: 12.02.2022)

Werbach Kevin/Cornell Nicolas, "Contracts Ex Machina", *Duke Law Journal,* Y. 2017, Sa.67, s. 313-382, Çevrimiçi. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3913&context=dlj (Erişim: 10.02.2022

Yavuz Melih Sefa, "Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme", *Finans, Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi,* 2019 C. 4 Sa. 1, s. 15-29.

Yılmaz Kumru Kılıçoğlu, "Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler", *FMR*, Y. 2021, C.1, s. 29-56.

Yılmaztekin Hasan Kadir, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri", *Adalet Dergisi*, Y. 2020, Sa. 2, s. 499-557.

Kitaplar

Bozbel Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Memiş Tekin, Fikrî Hukuk Bakımından Internet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Sucu Murat, "Dijital Yönetim İşletme Yönetiminde Yeni Bir Yaklaşım", *Iksad Publications*, 2021.

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Yavuz Levent/Alıca Türkay/Merdivan Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, 2013.

İnternet Kaynakları

https://9dnft.com/whitepaper-9dnft.pdf

https://abovethelaw.com/2021/11/quentin-tarantino-gets-hit-with-a-lawsuit-over-planned-pulp-fiction-nft-drop/

https://cryptopotato.com/most-expensive-nfts-sold/

https://docs.ipfs.io/how-to/mint-nfts-with-ipfs/#a-short-introduction-to-nfts

https://en.wikipedia.org/wiki/Pak_(creator)

https://iprgezgini.org/2021/12/30/nft-ile-marka-haklari-birkin-cantalari-icin-catisiyor-hermes-v-metabirkins/

https://markets.businessinsider.com/news/currencies/nft-market-41-billion-nearing-fine-art-market-size-2022-1

https://opensea.io/assets/0x495f947276749ce646f68ac8c248420045cb7b5e/303189758369778830498752764107710987837725712190785373930675252298337851 80161

https://webrazzi.com/2021/03/23/jack-dorsey-nin-ilk-tweeti-nft-olarak-2-9-milyon-dolara-satildi/

https://www.natlawreview.com/article/coming-blockchain-revolution-consumption-digital-art-and-music-thinking-lawyer-s

https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm

İŞ KAZASINDAN DOĞAN MÜTESELSİL SORUMLULUK HALLERİ

JOINT LIABILITY ARISING FROM OCCUPATIONAL ACCIDENTS

Muhammed Enes YILDIZ[*]

Özet: Gözetme borcu işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından biridir. İşverenin gözetme borcu denince akla ilk olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü gelir. İşverenin bu konuda yerine getirmesi gereken yükümlülüklerine aykırı davranması halinde iş kazasının meydana gelme olasılığı yükselir. İş kazasına maruz kalan işçinin zararını tazmin etmesi için işverene dava açması mümkündür. Ayrıca kanunda açıkça öngörülmesi halinde veya birtakım şartların sağlanması halinde işçi müteselsil sorumlu olan diğer kişilerden de tazminat talebinde bulunabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Gözetme Borcu, İş Kazası, Hukuki Sorumluluk, Müteselsil Sorumluluk, Üçlü İş İlişkileri

Abstract: The duty of supervision is one of the most basic obligations of the employer arising from the employment contract. When the employer's duty of care is mentioned, the first thing that comes to mind is the obligation to take occupational health and safety measures. If the employer violates his obligations in this regard, the probability of an occupational accident increases. It is possible for the worker who is exposed to an occupational accident to file a lawsuit against the employer to compensate the damage. In addition, if it is expressly set forth in the law or if certain conditions are met, the worker may also claim compensation from other persons who are jointly and severally liable.

Keywords: Duty of Supervision, Occupational Accident, Legal Liability, Joint Liability, Triple Labour Relations

---

* Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, muhammed.yildiz@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9803-8661, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.02.2022, Kabul Tarihi: 06.06.2022

Giriş

İşverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından biri de gözetme borcudur. Gözetme borcunun kapsamı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[1] 417. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlüdür (m. 417/1).

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerime ilişkin hükme göre, "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla… yükümlüdür" (m. 417/2). Bu çerçevede bilimsel gelişmeler ve teknolojik buluşların göz önünde bulundurularak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin günün şartlarına en uygun bir biçimde alınmasının sağlanması gerekir.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasındaki bir aksama neticesinde işyerinde bir iş kazasının meydana gelmesi halinde, işverenin iş kazasından sorumluluğu gündeme gelebilecektir. İş kazası neticesinde işveren hukuki, idari ve cezai sorumluluklarla karşı karşıya kalabilmektedir. Ancak iş kazasından doğan hukuki sorumluluklar diğer sorumluluklardan farklı olarak işçinin halihazırdaki işvereni ile başka kişilerin birlikte sorumluluklarını gündeme getirebilmesi açısından farklılık arz etmektedir.

İşçinin, alt işveren işçisi olması, geçici iş ilişkisi kapsamında başka bir işverenin işyerine çalışmak için gönderilmesi, işyerinin başka bir işverene devri veya iş sözleşmesinin devri işçiyi hukuken birden fazla işverenle ilişki içine sokabilmektedir. Öğretide, iş hukukunda üçlü ilişkiler olarak ifade edilen bu üçlü iş ilişkilerinin varlığı halinde, iş kazasına maruz kalan işçinin zararının tazmini için mevcut işverenin yanında bazı durumlarda bu üçlü ilişki içinde yer alan diğer işverenlere de başvurabilmesi mümkün olabilmektedir.[2]

---

1 RG, 04.22.2011, 27836.

2 İş hukukunda üçlü ilişkiler hakkında bkz. Osman Güven Çankaya/Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011, s. 15 vd.

Çalışmada genel olarak iş kazası ve müteselsil sorumluluk kavramları ele alınmış, ardından üçlü ilişki olarak nitelendirilen alt işverenlik, geçici iş ilişkisi, işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri hallerinin işverenlerin iş kazasından doğan müteselsil sorumluluğuna olan etkisi değerlendirilmiştir.

I. Genel Olarak İş Kazası ve Müteselsil Sorumluluk

A. İş Kazası Kavramı ve Hukuki Sorumluluğun Niteliği

1. Genel Olarak İş Kazası

Geniş anlamda "kaza" kavramı hukuk teorisinde ani olan ve istem dışı bir zararın doğumuna yol açan olay olarak ifade edilmektedir. Dar anlamda kaza ise eşyanın zarara uğramasını dışlayarak yalnızca istem dışı bir şekilde vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm hallerini kapsamaktadır. Buna göre dar anlamda kazanın meydana gelebilmesi için dışarıdan gelen ani ve istenmeyen bir olay olmalı, bunun neticesinde vücut bütünlüğü ihlal edilmeli ve olayla sonuç arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.[3]

İş kazası kavramı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu[4] ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda[5] farklı biçimlerde ele alınmıştır. 5510 sayılı Kanun'da iş kazasının, iş kazası sonucu doğuracak hallerin bentler halinde sayılması yoluyla tanımlanması yoluna başvurulmuştur. Buna göre işçinin işyerinde bulunduğu sırada, yürütülmekte olan iş nedeniyle ve görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi halinde asıl işini yapmaksızın geçirdiği zamanlarda gerçekleşen kazalar bu kapsamda değerlendirilmiştir. Yine işçilerin işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidişi ve gelişi sırasında ve emziren kadın işçinin süt iznini kullandığı zaman diliminde meydana gelen ve işçiyi hemen veya daha sonra bedenen veya ruhen engelli hale getiren olay iş kazası olarak tanımlanmıştır (5510 sK. m. 13/1). 6311 sayılı Kanun'da ise iş kazası, "işyerinde veya işin yürütümü ne-

---

3 İştar Cengiz, "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", *TAAD*, Y. 9, S. 34, s. 128.

4 RG, 16.06.2006, 26200.

5 RG, 30.06.2012, 28339.

deniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen veya bedenen zarara uğratan olay" olarak tanımlanmıştır (m. 3/1-g).

Sosyal sigortalar hukuku ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bakımından iş kazasının tanımı yapılmış ancak işverenin gözetme borcuna aykırılık halinin özel bir uygulaması olan iş kazasının tanımına 4857 sayılı İş Kanunu'nda[6] yer verilmemiştir. Bireysel iş hukuku açısından iş kazasının tanımı yalnızca öğretide yer almaktadır. Buna göre işçinin, işverenin hakimiyeti altında bulunduğu sırada yerine getirdiği işten veya dış bir sebeple aniden meydana gelen bir olay neticesinde ruhsal veya bedensel zarara uğramasına iş kazası denir.[7] Burada özellikle sosyal sigorta hukuku anlamındaki iş kazasından farklı olarak meydana gelen kazanın yapılan işle ilgili olması, onun sonucunda meydana gelmesi dahası yürütülen işle kaza arasında illiyet bağının bulunması şarttır.[8]

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamında yer alan bir yükümlülüktür. İşveren, işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumak durumundadır.[9] Gereken güvenlik önlemlerinin alınmaması neticesinde işçinin ölmesi, engelli hali gelmesi ve maddi veya manevi bir zarara uğraması halinde genel hükümlere göre işverenin hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.[10]

2. İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğun Niteliği

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yine Yargıtay'ın

6 RG, 10.06.2003, 25134.

7 Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul Yenilenmiş 19. Bası, 2021, s. 377-378; Fikret Eren, "Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 10; Cengiz, s. 128'den naklen; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 391.

8 Gaye Burcu Yıldız, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu", *Toprak İşveren Dergisi*, Y. 2010, S. 86, s. 10; Süzek, s. 424; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 297.

9 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2020, s. 409; Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 46.

10 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021, s. 434.

da bu husustaki görüşleri yakın bir tarihe kadar hep değişiklik göstermiştir. Öğretide bazı yazarlar tarafından işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğu ifade edilmiş, bazı yazarlar ise işverenin sorumluluğunda kusur aranmayacağını belirmiştir.[11]

6098 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihte kusur sorumluluğu görüşünü savunanlara göre sorumluluk hukukunda asıl olan sorumluluğun kusura dayanmasıdır. Kusursuz sorumluluk ancak istisnai hallerde, kanunda açıkça belirtilmiş olması halinde doğabilecek bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olarak kabul edilmelidir.[12] Kusursuz sorumluluğu savunan görüşe göre, eski Kanun döneminde henüz hizmet sözleşmelerinde işverenin gözetme borcundan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından 818 sayılı Borçlar Kanunu[13] hükümlerine başvurulması gerekmekte ancak bu kanunun kusur esaslı düzenlemeleri iş hukukunun koruyucu niteliğine uygun düşmediği ifade edilmekteydi. Bu nedenle bu görüş tarafından bahse konu bu kanun boşluğu halinin, kusursuz sorumluluk hükümleri ile doldurulması gerektiği ifade edilmekteydi.[14] Yine bu görüşteki bazı yazarlar da işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda her türlü önlemi noksansız alma yükümlülüğü getiren İK m. 77 (şimdi İSGK m. 4, TBK m. 417/2) düzenlemesinin kusursuz sorumluluğu gerektirdiğine dayanmışlardır.[15]

2012 yılında 6098 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve işverenin sorumluluğuna ilişkin birtakım düzenlemelere yer vermiş olmasına rağmen öğretide hukuki sorumluluğun niteliği hakkında hâlâ görüş birliğine varılabilmiş değildir.[16] Yargıtay, 6098 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce ve sonra birbirinden farklı birçok karar vermiştir. An-

---

11 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 435 vd, bkz oradaki yazarlar; Süzek, s. 413 vd. bkz oradaki yazarlar.
12 Yıldız, s. 5 vd; Akın, s. 97 vd; Süzek, s. 417 vd.
13 RG, 29.4.1926, 359.
14 Eren, s. 89 vd; İlhan Ulusan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçini Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş, 1990, s. 125.
15 Ulusan, s. 103 vd; Eren, s. 81 vd.
16 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 437, bkz. oradaki yazarlar.

cak verilen son kararlardan işverenin iş kazasından doğan sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.[17]

a. Kusur Sorumluluğu (Objektifleştirilmiş Kusur)

İşverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu hakkında halihazırda öğretideki baskın görüş, bu sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğu yönündedir.[18] Zira Türk hukukunda asıl olan kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk ise ancak kanunda açık bir biçimde düzenlenmiş olması halinde gündeme gelebilir.

6098 sayılı TBK'da işverenin gözetme borcuna aykırılığından doğan sorumluluğun niteliğine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre işverenin gözetme borcuna aykırı davranışından doğan zararların tazmini sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır (TBK m. 417/3). Maddede yollama yapılan sözleşmeye aykırılığa ilişkin sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluk türüdür.[19]

Kanunda işverenin gözetme borcu bakımından gereken tüm önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir (TBK m. 417/1). Kusursuz sorumluluk görüşünü savunanların dayanaklarından biri olan bu hükümde, her ne kadar her türlü önlemin alınması gerektiğinden bahsedilse de buradaki sorumluluğu kusur sorumluluğu olmaktan çıkaracak bir sonuca varmak mümkün değildir.[20]

Kanunun işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğuna işaret eden bir diğer düzenleme de tehlike sorumluluğuna ilişkin getirilen özel sorumluluk hükmüdür. Buna göre önemli ölçüde tehli-

---

17 Yarg. HGK, 20.03.2013, E. 2012/21-1121, K. 2013/386, (www.kazanci.com, ET. 03.11.2021); "…işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu olup, kusur izafe edilebiliyorsa sorumlu tutulabilir…" Yarg. 10. HD, 15.04.2019, E. 2016/15843, K. 2019/3473, (www.lexpera.com, ET. 27.01.2022).

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 439; Süzek, s. 414 vd. ; M. Kemal Oğuzman, "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", *İÜHFM* 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 337 vd; Ali Güzel/ Deniz Ugan Çatalkaya, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları", (Karar İncelemesi), *Çalışma ve Toplum*, S. 34, Y. 2012/3, s. 157; Nurşen Caniklioğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu (İşverenin Sorumluluğu), Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 2016, s. 47.

19 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel), 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

20 Caniklioğlu, İşverenin Sorumluluğu, s. 47.

ke arz eden bir işletmenin işletilmesinden doğan sorumlulukta kusur aranmayacaktır (TBK m. 71). Kanun koyucunun, işverenin sorumluluğunun kaynağını kusur sorumluluğu olarak belirlemesi, kusursuz sorumluluk hallerini bu şekilde özel olarak düzenlemiş olmasından da açıkça anlaşılmaktadır.[21]

Türk hukukunda kusurun varlığı objektif ölçütlere göre saptanır. Bu açıdan işverenin kusurunun tespitinde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmediğinin belirlenmesinde işverenin kişisel durumu, eğitim seviyesi, maddi durumu ve diğer özellikleri dikkate alınmaz. Kusurun tespitinde önemli olan işverenle benzer durumdaki dikkatli, makul ve sorumluluk sahibi işverenin davranışı esas alınır.[22] Nitekim Yargıtay da işverenin kusurunun tespitinde objektif kriterlere dayalı olarak inceleme yapılması gerektiğine işaret etmektedir.[23]

b. Sorumlulukta Kusur Aranmayan Haller

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunda kural olan kusur sorumluluğudur. Ancak kanun koyucu bazı hallerde işveren aleyhine kusursuz sorumluluk düzenlemelerine yer vermiştir. TBK m. 71'e göre "önemli ölçüde tehlike arz eden" bir işletmenin faaliyetinden zarar doğması halinde işletme sahibi ve işleten sorumlu olacaktır. Her ne kadar maddede açıkça kusursuz sorumluluktan bahsedilmemiş olsa da hükmün amacından ve düzenlenişinden bir kusursuz sorumluluk hali olduğu kabul edilmektedir.[24]

Tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmün kapsamına giren bir işyerinde gerçekleşen iş kazasında işverenin kusuru aranmayacak, kusursuz sorumluluk hükümlerine göre iş kazasından sorumlu olacaktır. Burada sorumluluğun doğması için işletmenin tipik tehlikesi ile zarar arasında illiyet bağının kurulmuş olması yeterli olacaktır.[25]

---

21 Caniklioğlu, İşverenin Sorumluluğu, s. 48.

22 Süzek, s. 417; Özdemir, s. 289.

23 "…6331 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri ile buna bağlı çıkartılan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir…" Yarg. 21. HD, 13.02.2018, E. 2016/12322, K. 2018/1190, (www.kazanci.com, ET. 03.11.2021).

24 Gaye Baycık, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, *Ankara Barosu Dergisi*", 2013/3, s. 132; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 440; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 191 vd.; Eren, Genel, 760 vd.

25 Baycık, s. 134.

Tehlike sorumluluğunun yanında Kanunda ayrıca adam çalıştıranın sorumluluğu (m. 66) ve yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk (m. 116) düzenlemelerine de yer verilmiştir. Niteliği gereği kusursuz sorumluluk hali olan bu hallerde de zarar gören, işverenin kusursuz sorumluluğuna başvurabilecektir.[26] İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması işveren tarafından yardımcı kişilere bırakılmışsa, işverenin kendi kusuru bulunmasa dahi yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğu gündeme gelecektir.[27] Yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na[28] göre de işverenin kusursuz sorumluluğunun doğması mümkün olabilmektedir.[29]

B. Müteselsil Sorumluluk

Müteselsil sorumluluk kavramı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli nedenlerle sorumlu oldukları takdirde müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır (m. 61).

Kanunda belirtildiği üzere müteselsil sorumluluğun doğması için iki farklı kişinin "birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri" veya "aynı zarardan çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu olmaları" gerekmektedir. Örneğin, iki farklı kişinin birlikte hareket ederek üçüncü bir kişiyi yaralaması halinde birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri hali söz konusu olur. Yine sigortalı olan bir kişinin üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda ise üçüncü kişinin zarara bizzat sebep olan kişiye haksız fiil sebebiyle, sigortacıya ise zararı sözleşme ile üstlenmiş olması nedeniyle başvurabilecektir. Burada da aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumluluk söz konusudur.[30]

Müteselsil sorumluluk zarar görenin oldukça lehine bir sorumluluk halidir. Bu sorumlulukta zarar gören, zarar verenlerden dilediğine zararın tamamının giderilmesi için başvurabilir. Dilerse hepsinden tek

---

26 Caniklioğlu, s. 69.
27 Oğuzman, s. 340.
28 RG, 18.10.1983, 18195.
29 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 442; Çelik Ahmet Çelik, Trafik – İş Kazaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 17 vd; Yarg. 21. HD, 18.10.2016, E. 2015/17528, K. 2016/12750, (www.lexpera.com, ET. 27.01.2022).
30 Eren, Genel, s. 915; Oğuzman/Öz, s. 294.

bir taleple zararın giderilmesini istemesi de mümkündür. Böylece zarar gören, zarar verenlerden ekonomik durumu en iyi olana karşı veya ispat gücünün en fazla olduğu zarar verene karşı zararın giderilmesini talep edebilecektir.[31]

İş kazalarından doğan müteselsil sorumluluk diğer müteselsil sorumluluk hallerinden farksızdır. Bu noktada işçinin uğradığı iş kazasından başka bir işçinin, işveren vekilinin veya başka bir işverenin de sorumlu olması hali söz konusu olabilir.[32] Bunun gibi hallerde işçi zararının tamamı için müteselsil sorumluların tamamına sıfatlarına bakılmaksızın başvurabilir. Bu açıdan Kanunda öngörülen birlikte sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olması yeterlidir.[33]

II. İş Kazasından Doğan Müteselsil Sorumluluk Halleri

A. Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi

1. Genel Olarak Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi

Alt işverenlik, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna ek olarak daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermek adına Alt İşverenlik Yönetmeliği[34] yürürlüğe konmuştur. İşyerinde yürüttüğü mal üretimi veya hizmet sunumuna ilişkin yardımcı işlerde veya işin, işletmenin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini yalnızca bu işyerine çalıştıran işveren ile kendisinden iş alınan işveren arasındaki ilişkiye alt işverenlik ilişkisi denir (m. 2/6). Alt işverenliğin tanımından anlaşılacağı gibi bir ilişkinin alt işverenlik ilişkisi sayılabilmesi için, işyerinde işçi çalıştıran iki işverenin varlığı şarttır. Alt işveren, asıl işverenden aldığı işi, asıl işverenin işyerine yerine getiriyor olmalıdır. İşyerinde üretilen mal veya sunulan hizmet konusu işin bir bölümü veya yardımcı bir iş alt işverene devredilmiş olmalıdır. Alt işverene devredilen asıl iş, işletme gereklilikleri ile teknolojik nedenlerle uzmanlığı gerektiren

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Genel, s. 925 vd; Yarg. 21. HD, 12.11.2018, E. 2016/19679, K. 2018/8140, (www.lexpera.com, ET. 26.11.2021)

32 Yarg. 9. HD, 18.01.2021, E. 2019/4999, K. 2021/1253, (www.lexpera.com, ET. 27.01.2022).

33 Yarg. 10. HD, 19.4.2016, E. 2014/24954, K. 2016/6004, (www.lexpera.com, ET. 26.11.2021).

34 RG, 27.09.2008, 27010.

bir iş olmalıdır. Alt işveren, bu işe bir grup işçisini özgülemiş olmalı yani alt işveren, iş aldığı bu işyerinde çalıştırdığı işçileri başka işyerlerinde de çalıştırmamalıdır (m. 2/6). Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme şartı yalnızca asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde aranacak, yardımcı işlerde ise buna benzer bir şart aranmayacaktır.[35]

İş Kanunu m. 2/6'da alt işverenliğin tanımı ve şartlarına ilişkin açıklamalar yapılmış, m. 2/7'de ise alt işverenlik ilişkisinde muvazaa karinelerine yer verilmiştir. Ancak altıncı fıkrada aranan şartları taşımayan alt işveren ilişkilerinin hukuki niteliği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır.[36] Yargıtay'a göre tıpkı muvazaalı alt işverenlik ilişkisi gibi, Kanunda sayılan unsurlara sahip olmayan alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi sayılmalıdır.[37] Kanundaki şartları taşımayan her ilişkiye, muvazaaya ilişkin yaptırımların uygulanması ve dolayısıyla işçilerin asıl işverenin işçisi sayılması, her zaman o ilişkinin niteliğine uygun olmayabilir. Bu nedenle her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılmalı, muvazaa hükmünün uygulanmasına elverişli olmayan durumlarda yalnızca alt işverenlik ilişkisinin bulunmadığına hükmedilmelidir.[38]

Alt işverenlik ilişkisinde, kendisinden iş alınan işverenin (asıl işveren), alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklar bakımından müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır (m. 2/6). Kanun koyucu yalnızca müteselsil sorumluluğu düzenlemekle kalmamış, İK m. 36 hükmünde kamu ihale makamlarına ve asıl işverenlere, işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini kontrol etme ve ücreti ödenmeyenlerin ücretlerini işverenlerin hak edişlerinden keserek işçilere ödeme yükümlülükleri de öngörülmüştür.[39]

---

35 Münir Ekonomi, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, s. 48.

36 Süzek, s. 168.

37 Yarg. 9. HD, 14.05.2007, E. 2007/3132, K. 2007/14914, (www.kazanci.com.tr, ET. 06.11.2021).

38 Süzek, s. 168.

39 İbrahim Aydınlı, "6552 sayılı Kanun'la Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler", *GÜHFD*, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 83.

2. Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Müteselsil Sorumluluk

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenle alt işveren işçisi arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu nedenle alt işverenin işçisinin iş kazasına maruz kalması durumunda asıl işverenin sorumlu tutulmasına ilişkin yasal düzenlemenin temeli hakkında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Öğretide bir görüş asıl işverenin alt işveren işçilerinin üzerindeki gözetme borcunun kaynağını "edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerine" dayandırmıştır. Bu halde sosyal temas içinde olan tarafların birbirlerinin himayesindeki kişilerin zarar görmemelerini sağlama yükümlülükleri söz konusu olmakta ve bu edimden bağımsız borç ilişkisi neticesinde bir zararın meydana gelmesi halinde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine başvurulabilmektedir.[40] Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise alt işverenlik ilişkisi iş hukukuna özgü bir kurumdur ve bu nedenle sorunların çözümü iş hukuku içerisinde aranmalıdır.[41] Yine gözetme borcunun kaynağının edimden bağımsız borç ilişkileri olarak tespiti ve asıl işverenin doğrudan sorumluluğuna gidilmesi, işin niteliğine uygun düşmeyecektir. Zira alt işveren her ne kadar işi asıl işverenin işyerinde yapsa da yürüttüğü işi ve doğuracağı riskleri en iyisi kendisi bilmek durumundadır. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi amacıyla doğrudan aksiyon alacak kişi de alt işverendir. Asıl işverenin operasyonel bir denetim yükümlülüğünün varlığının kabul edilmesi mümkün değildir.[42]

Asıl işverenin, alt işverenin işçisine karşı sorumluluğu Kanunda açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumluluktur. Buradaki birlikte sorumluluktan kastedilen elbette müteselsil sorumluluktur.[43]

---

40 Aydın Başbuğ, "Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", Kamu İş C. 4, S. 3, Ocak 1998, s. 65 vd; İbrahim Aydınlı, "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", (www.tuhis.org.tr/pdf/811.pdf, ET. 04.11.2021); Eren, Genel, s. 43.

41 Levent Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik (Alt İşverenlik), Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 175.

42 Özdemir, s. 223. Ayrıca bkz. Demet Belverenli, "Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", *İÜHFM*, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, s. 210.

43 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 129; Süzek, s. 165.

Asıl işverenin sorumluluğu hususunda ele alınması gereken birkaç konu bulunmaktadır. Öncelikle, Kanunda asıl işverenin sorumluluğunun yalnızca, İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklere ilişkin olduğu ifade edilmiştir. İş kazasına uğrayan bir işçinin işverenden talepte bulunacağı haklar ise Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu durum asıl işverenin bu maddeye göre müteselsil sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusunu akla getirmeye müsaittir. Ancak burada iş kazasının meydana gelmesinin kusurlu işverenin işçiyi koruma (gözetme) borcuna aykırılık teşkil edeceğine ve bu borcun iş sözleşmesinden doğduğuna dikkat etmek gerekir.[44] Bu sayede iş kazasına uğrayan işçi iş sözleşmesinden doğan gözetme borcunun ihlali nedeniyle hem kendi işverenine hem de asıl işverene alacaklarının tamamı için başvurabilecektir.

Alt işverenin sorumluluğundan farklı olarak asıl işveren için Kanunda bir "kusursuz sorumluluk" hali getirilmiştir. Zira asıl işveren, kusurlu alt işverenin işçisinin iş kazası nedeniyle uğradığı zarardan kusuru olmasa dahi Kanun gereği sorumlu tutulmuştur. Burada sorumluluğun kaynağı doğrudan İş Kanunu m. 2/6 hükmüdür.[45] Yine aynı hüküm gereği asıl işverenin müteselsil olarak sorumluluğu, kapsam itibariyle alt işverenin sorumluluğunu aşamaz.[46]

Müteselsil sorumluluğa ilişkin hüküm niteliği gereği yalnızca asıl işverenlere uygulanabilecek, "ihale makamı" veya "anahtar teslimi işi veren" olarak ifade edilen kişiler bu hükmün kapsamına sokulamayacaktır. Zira burada teknik anlamda bir asıl işverenden bahsetmek mümkün değildir. Yargıtay da bu konuya ilişkin bir kararında işi ihale eden kişinin iş kazasından sorumlu tutulamayacağını ve yalnızca İK m. 36'daki şartların sağlanması halinde ödenmeyen ücretlerden sorumluluğun söz konusu olabileceğini belirtmiştir.[47]

Alt işverenlik ilişkisinde müteselsil sorumluluk yalnızca alt işverenin işçisinin uğradığı iş kazasından asıl işverenin alt işverenle birlikte müteselsil olarak sorumlu olacağı biçiminde düzenlenmiştir. Asıl iş-

---

44 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 130.

45 Yarg. 21. HD, 26.12.2019, E. 2019/2527, K. 2019/8120, (www.lexpera.com, ET. 04.11.2021).

46 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 137.

47 Yarg. 9. HD, 14.05.2013, E. 2003/4721, K. 2003/4643, *Çimento İşveren Dergisi*, Ağustos 2003, s. 33.

veren işçisinin maruz kaldığı iş kazası neticesinde alt işverenin ve asıl işverenin müteselsil olarak sorumlu olmasına ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır.

Alt işveren, aldığı işi asıl işverene ait işyerinde yerine getirmektedir. Aynı iş sahasının paylaşıldığı göz önünde bulundurulduğunda alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymaması neticesinde bir iş kazasının meydana gelmesi ve bundan asıl işverenin işçisinin bir zarar görmesi çok muhtemeldir.[48] Bu halde kusuru olan alt işveren, aralarında iş sözleşmesi bulunmadığından, asıl işveren işçisine karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır. Asıl işveren ise kusurunun varlığı halinde gözetme borcuna aykırılık nedeniyle sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre işçisinin zararlarını gidermekle yükümlü olacaktır. Bu halde aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olan iki işveren de TBK m. 61 hükmü gereği iş kazasına maruz kalan asıl işverenin işçisinin zararından müteselsilen sorumlu tutulacaklardır.[49]

B. Geçici İş İlişkisi

1. Genel Olarak

Geçici iş ilişkisi, mesleki anlamda olan ve mesleki anlamda olmayan geçici iş ilişkisi olarak ikiye ayrılır. Bu ilişki, 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ışığında 6715 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış olan İK m. 7'de düzenlenmiştir.[50] Ayrıca, Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda[51] ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde[52] de meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin ayrıntılı açıklamalar bulunmakta-

48 Eren Yıldız, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 152.

49 Akın, s. 225; Yıldız, s. 153.

50 Yönergenin gereklilikleri için bkz. Şelale Uşen, "2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, 2010/3, s. 169 vd; Özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisinin Türk hukukundaki gelişim süreci hakkında ayrıca bkz. Ercüment Özkaraca, Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi (Özel İstihdam Bürosu), İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı 2016 Toplantıları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, 03-04 Haziran 2016, İstanbul 2018, s. 56 vd.

51 RG, 05.07.2003, 25159.

52 RG, 11.10.2016, 29854

dır. İK m. 7/1'e göre geçici iş ilişkisi, *"Özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme suretiyle"* kurulur.[53] Kanun koyucu meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği halleri ve sürelerini ayrıntılı bir şekilde belirlemiş, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde ise sınırlayıcı ifadelerden kaçınarak taraflara daha çok hareket alanı tanımıştır.

Üçlü iş ilişkilerinin bir türü olan geçici iş ilişkisinde, işyeri devri ve iş sözleşmesi devri gibi diğer üçlü iş ilişkisi yaratan kurumlardan farklı olarak, işçinin geçici işverenin işyerinde çalışmak üzere gönderilmesi ile asıl işvereni ile aralarındaki iş ilişkisi ortadan kalkmaz.[54] Bu noktada mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosu, mesleki anlamda olmayan geçici iş ilişkisinde ise devreden işveren işçinin işvereni olmaya devam eder. Bu ilişkide iş sözleşmesi tarafları değişmeksizin yalnızca işçinin iş görme ediminin alacaklısı geçici bir süre için geçici işveren olur. İlişkinin bu niteliği gereği işçinin asıl işverene karşı iş görme borcu dışındaki borçları kesintiye uğramaksızın devam eder. Yine iş görme ediminin karşılığını oluşturan ücret ödeme borcu, asıl işverenin borcu olarak kalır.[55]

Geçici işveren, her ne kadar bu ilişkide işçinin işvereni niteliğini taşımasa da işçi, kendi iş organizasyonunda iş gördüğünden, geçici işveren bakımından birtakım hak ve yükümlülükler ortaya çıkar.[56] Bunların başında geçici işverenin emir ve talimat verme hakkı (m. 7/9-a), eşit davranma yükümlülüğü (m. 7/10), iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesi ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerin alınması yükümlülüğü gelir.[57]

---

53 İK m. 7'nin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptali istenmiş ancak talep mahkeme tarafından reddedilmiştir, AYM, 28.02.2018, E. 2016/141, K. 28.02.2018, RG, 29.03.2018, 30375; Süzek, s. 281.

54 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 253.

55 Süzek, s. 292.

56 Orhan Ersun Civan, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", *AÜHFD*, 66 (2) 2017: 311-397. s. 388.

57 Geçici iş ilişkisi hakkında geniş bilgi için bkz. Özkaraca, Özel İstihdam Bürosu, s. 53 vd. ; Süzek, s. 280 vd. ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 249 vd. ; Ali Güzel/Hande Heper, "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", *Çalışma ve Toplum*, 2017/01, s. 11 vd. ; Civan, s. 311 vd. ; Ayşegül Ekin, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2019, s. 6 vd. ; Esra Yiğit, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 70 vd. ; Duygu Çelebi, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Ankara, 2019, s. 30 vd.

2. Geçici İş İlişkisinde Müteselsil Sorumluluk

İş Kanunu'nda holding bünyesi içerisinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme ediminin yerine getirilmesi üzerine kurulan "meslek edinilmemiş" geçici iş ilişkilerinde devreden ve devralan işverenler bakımından açık bir müteselsil sorumluluk düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçinin kendisinde çalıştığı zaman diliminde ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden devreden işverenle birlikte müteselsil olarak sorumludur (m. 7/15). Burada öngörülen sorumluluk öğretide de kabul edildiği üzere bir müteselsil sorumluluk halidir.[58]

İşçiyi geçici olarak devreden işverenin, geçici işveren tarafından işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetleme gibi bir imkânı bulunmamaktadır. Buna rağmen meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine ilişkin açık yasal düzenleme nedeniyle, meydana gelen bir iş kazasından devreden işveren de geçici işveren ile birlikte müteselsil sorumlu olacaktır.[59] Öğretide bu düzenleme, asıl işverenin fiilen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alamayacağı nedeniyle eleştirilmektedir.[60] Öte yandan bu düzenlemenin işverenleri, işçilerini geçici olarak devretmekten kaçınmaya veya devir hususunda çok daha özenli hareket etmeye sevk ettiği için isabetli olduğu da ifade edilmektedir.[61] Ancak her durumda iş kazasından doğan sorumluluğunu yerine getiren işveren, kusuru oranında geçici işverene rücu yoluna başvurabilecektir.[62]

Özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan "meslek edinilmiş" geçici iş ilişkileri bakımından Kanunda herhangi bir müteselsil sorum-

---

58 Süzek, s. 299; Yiğit, s. 170 vd; Çelebi, s. 345; Civan, Geçici, s. 384 vd.; Serkan Odaman, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması", *Sicil İHD*, S. 36, Aralık 2016, s. 55.

59 Odaman , s. 55.

60 Ömer Ekmekçi, "4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 2, Y. 2004, s. 376; Can Tuncay, "İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi" (Ödünç), Mercek, Y. 8, S. 30, Y. 2003, s. 71.

61 Özdemir, s. 241, bkz. Oradaki yazarlar.

62 Civan, s. 381; Özdemir, s. 24; "İş kazasından doğan alacaklarda müteselsil borçlular ancak kusur oranlarını aşan miktarda ödemeyi yapmış olmaları halinde diğer müteselsil borçluya tazminat davası açabilir. Ödeme yapılmadan önce açılan rücu davasının dava şartı yokluğundan reddi gerekir", Yarg. 21. HD, 07.05.2015, E. 2014/24340, K. 2015/10282, (www.lexpera.com, ET. 26.11.2021).

luluk düzenlemesine yer verilmemiştir. İşçinin daha fazla korunmaya ihtiyacı olduğu bu geçici iş ilişkisi türü bakımından herhangi bir müteselsil sorumluluk düzenlemesine yer verilmemesi isabetsiz olmuştur. Bu bakımdan olması gereken, tıpkı meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde olduğu gibi özel istihdam büroları aracılıyla kurulan geçici iş ilişkisinde de müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenleme yapılmasıdır.[63]

Geçici işçi, çalışmak için gönderildiği işyerinde kendi işvereninde değil, geçici işveren olarak adlandırılan işverenin yanında çalışmakta ve onun emir ve talimatlarına uygun olarak iş görmektedir. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması da kural olarak geçici işverenin sorumluluğundadır.[64] Bu bakımdan her ne kadar Kanunda açık bir müteselsil sorumluluk öngörülmemiş olsa da geçici işverenin birtakım iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirme borcuna aykırı davranması halinde, geçici işçiye karşı kendi kusurundan dolayı özel istihdam bürosu ile birlikte müteselsil sorumluluğundan söz etmek mümkün olacaktır.

Geçici işveren, geçici işçinin uğradığı iş kazasını tıpkı bir asıl işveren gibi kolluk kuvvetlerine ve SGK'ya ve ayrıca özel istihdam bürosuna bildirmekle yükümlüdür (İK m.7/9-c). Yine geçici işveren 6331 sayılı Kanun'da geçici işverenler için öngörülen eğitimleri vermekle, iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla ve geçici işçinin çalıştığı süre boyunca ona temel çalışma koşullarını sağlamakla yükümlüdür (İK m.7/9-f; m. 7/10). Geçici işverenin Kanun'da öngörülen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyerek işçinin iş kazasına uğramasına veya iş kazası neticesinde meydana gelen zararın artmasına yol açması halinde kendi kusuru nedeniyle sorumluluğunun doğması mümkündür.

Geçici işverenin Kanun'da kendisi için öngörülen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaması neticesinde bir iş kazasının meydana gelmesiyle, TBK m. 61 anlamında müteselsil sorumluluğun tipik bir örneği ortaya çıkmaktadır. Meydana gelen aynı zarardan geçici işveren kusurlu bir davranışıyla sorumlu olmakta, işçinin asıl işvereni ise Kanun gereği sorumlu olmaktadır. Bu halde "aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu" olan asıl ve geçici işverenler Kanun gereği müteselsil-

63 Özkaraca, s. 95.
64 Özdemir, s. 242; Ekmekçi, Geçici, s. 376; Odaman, s. 54.

sil olarak sorumlu olacaklardır.[65] Bu halde zarar gören işçinin hem geçici işverene hem de kendi işverenine zararın tamamının tazmini için başvurabilmesi mümkün olacaktır.

C. İşyeri Devri

1. Genel Olarak

İş Kanunu'na göre işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki işleme dayalı olarak başka bir işverene devrine işyeri devri denir (m. 6/1). Kanun koyucu işyeri devrini genel bir ifadeyle dile getirmiş, koşullarına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak işyeri devrini ele alan AB Yönergesinde işyerinin tamamının veya bir kısmının devrinin teknik anlamda işyeri devri olarak nitelendirilebilmesi için mevcut bulunması gereken koşullar açık bir şekilde sayılmıştır.

2001/23 sayılı Yönergeye göre, işyeri devri "bir ekonomik ana veya yan faaliyetin sürdürülmesi amacıyla kaynakların organize edilmiş şekilde bir araya getirilmesi anlamında kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devri" olarak ifade edilmiştir (m. 1/1.b). Buna göre işyeri veya bir bölümünün devrinin koşulları, bir ekonomik varlığın yani bir işyerinin veya bölümünün varlığı, işyerinin veya bölümünün başka bir işverene devri, devrin hukuki işleme dayalı olması ve işveren değişikliğine rağmen ekonomik birliğin kimliğini koruması olarak sayılabilecektir.[66]

AB Yönergesinde aranan şartların iç hukukumuzda açıkça öngörülmemesine rağmen Yargıtay kararlarında bu şartların işyeri devri nitelendirmesi yapılabilmesi için arandığı görülmektedir.[67] Yüksek mahkemenin verdiği kararlarda, özellikle ekonomik bütünlüğü bulunan işyerinin veya bir bölümünün "kimliğini koruyarak" devredilmesinin, işyeri devri niteliği açısından katı bir biçimde arandığı görülmektedir.[68] Ancak bir işyeri bölümünün devrinde kimliğin korunarak

---

65 Özkaraca, s. 97.

66 Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 28; Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi 1. Basım, İstanbul 2008, s. 33.

67 "Devir, bir ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyeri ya da işyerinin bir kısmının kendi kimliğini koruyarak devrini ifade eder...), Yarg. 9. HD, 27.05.2019, E. 2017/10797, K. 2019/12098, (www.lexpera.com, ET. 07.11.2021).

68 Yarg. 9. HD, 22.2.2016, E. 2014/30825, K. 2016/3327, (www.lexpera.com, ET.

devrin gerçekleştiğinin kabulü için öngörülen koşulların tamamının somut olayda varlığı şart değildir. İşyerinin bir bölümünün devri için ekonomik bütünlüğü yani işyerini karakterize eden unsurun varlığı, kimliğin korunmasının kabulü için yeterli olacaktır. Örneğin bir mal üretimi gerçekleştirilen işyerlerinde makinelerin devri veya işgücünün önem taşıdığı işyerlerinde salt işçilerin devri bir işyeri devri niteliği taşıyabilecektir[69]. Burada önemli olan devralanın aynı teknik ve iktisadi faaliyeti sürdürebilmesinin mümkün olması ve devralan tarafından aynı faaliyetin sürdürülecek olmasıdır[70]. Zira teknik anlamda bir işyeri devrinden bahsedilebilmesi için işyerinde yürütülen faaliyetin devralan tarafından sürdürülmesi şarttır.[71]

2. İşyeri Devrinde Müteselsil Sorumluluk

İş Kanunu'na göre işyeri devri halinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Ancak devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl sonra sona ermektedir (m. 6/3). Öğretide de belirtildiği üzere Kanunda öngörülen sorumluluk niteliği itibariyle bir müteselsil sorumluluktur.[72]

Kanunda devralan bakımından öngörülen sorumluluk devir anında işyerinde mevcut olan, yani sona ermemiş olan iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Sorumluluk bakımından ortaya çıkan bu sınırlama, devir sırasında mevcut iş sözleşmelerinin Kanun gereği bütün hak ve borçlarıyla devralana geçmesine ve devredenin sorumluluğu bakımından iki yıllık bir sınırlama getirilmesine ilişkin İK m.6/3 hükmü-

7.11.2021).

69 Bkz. Orhan Ersun Civan, "Makineyle Birlikte İşçi Devri", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul, 2019, s. 993 vd; Süzek, s. 197; İşyeri devri niteliğindeki örnekler için ayrıca bkz. Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 218 vd.

70 Süzek, s. 196; Kimliğin korunmasına ilişkin koşulların değerlendirilmesinde dikkat edilecek unsurlar hakkında bkz. Alpagut, s. 49 vd.

71 Ali Güzel, İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1987, s. 82; Özkaraca, s. 22; Kübra Doğan Yeniset, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 213; Alpagut, s. 48.

72 Ercüment Özkaraca, İşyeri Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu (Hukuki Sorumluluk), İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 178; Süzek, s. 198; Yarg. 9. HD, 15.10.2010, E. 2008/377249, K. 2010/29226, (www.lexpera.com, ET. 7.11.2021); Özkaraca, Hukuki Sorumluluk, s. 178.

nün bir sonucudur.[73] Kural olarak devir anında mevcut olmayan bir iş sözleşmesinden doğan borçlardan devralan işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi, İş Kanunu'nun işyeri devrine ilişkin düzenlemeleri karşısında mümkün değildir (m. 6/1).

İş Kanunu'nun 6. maddesinin devirden önce sona eren iş sözleşmelerini müteselsil sorumluluk bakımından koruma altına almamasına rağmen öğretide şartların sağlanması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun işletmenin devrine ilişkin hükümlerinin uygulanması suretiyle bu işçiler bakımından bir koruma sağlanabileceği ifade edilmektedir.[74] Yine Yargıtay tarafından da şartların gerçekleşmiş olması halinde iş sözleşmeleri sona erdirilen işçiler bakımından bu hükümlere dayanılarak müteselsil sorumluluk ilişkisinin kurulması mümkün görülmektedir.[75]

Türk Borçlar Kanunu'nun "malvarlığının veya işletmenin devralınması" başlıklı 202. maddesine göre "Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya…ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur" (m. 202/1). Bu halde devreden de iki yıl süreyle devralanla birlikte sorumlu olacaktır (m. 202/2). Devralan işverenin maddede bahsi geçen ilanı yapmaması halinde iki yıllık süre işlemeye başlamayacaktır.[76] Düzenlemede İK m. 6'dan farklı olarak iş sözleşmelerinin devir anında mevcut olup olmamasına ilişkin bir ayrıma yer verilmemiştir.[77] Bu nedenle hükümde aranan şartların somut olayda mevcudiyeti halinde iş sözleşmesi devirden önceki bir tarihte sona eren işçinin alacakları için devralan işverene başvurması mümkün olacaktır.

---

73 Özkaraca, s. 334.

74 Özkaraca, s. 345.

75 Yarg. 9. HD, 12.10.2004, E. 2004/13687, K. 2004/22962, Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 281; Yarg. 9. HD, 05.10.2006, E. 2006/4720, K. 2006/25950, (www.kazanci.com, ET. 7.11.2021); Yarg. 21. HD, 19.10.2010, E. 2010/3450, K. 2010/10172, Çalışma ve Toplum, S. 31, 2011/4; Yarg. 21. HD, 02.07.2011, E. 2010/3098, K. 2011/5070; Yarg. 9. HD, 11.03.2020, E. 2016/15573, K. 2020/4215, (www.lexpera.com, ET. 28.1.2022).

76 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 270.

77 İşletmenin devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş Dördüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul 2015, s. 196 vd.

İş sözleşmesinin devirden önce sona ermesi veya sona ermeyip yeni işverene geçtikten sona ermesi, iş kazası neticesinde hayatını kaybeden işçinin geride kalanlarının tazminat talepleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira burada diğer çoğu işçilik alacağından farklılık arz eden bir durum söz konusudur. İşçinin iş kazasına uğraması neticesinde hayatını kaybetmesi halinde iş sözleşmesi salt bu nedenle sona erecektir (TBK m. 440). Bu halde işçinin yaralanması veya manevi zarara uğraması sonucunu doğuran iş kazasından farklı olarak iş kazası tarihinden sonra gerçekleşen işyeri devrine işçinin katılma imkânı tamamen ortadan kalkmakta, imkânsız hale gelmektedir. Bu nedenle işçinin devirden önceki bir tarihte iş kazasına maruz kalarak hayatını kaybetmesi halinde iş sözleşmesi yeni işverene geçmeyeceğinden sonraki bir tarihte işyerini devralan işverenden İK m. 6'ya dayanılarak tazminat talebinde bulunulabilmesi mümkün değildir. İş kazasına maruz kalarak yaralanan bir işçi ise kaza tarihinden sonraki bir tarihte işyerinin İş Kanunu hükümlerine göre devredilmesi halinde zararın tazmini için hem devralan işverene hem de devreden işverene başvurabilecektir. Ancak burada devreden işverenin müteselsil sorumluluğu iki yıllık bir süre ile sınırlıdır.

Sonuç itibariyle, uğradığı iş kazası neticesinde hayatını kaybeden veya hayatını kaybetmese de iş sözleşmesi, işyeri devrinden önceki bir tarihte bir şekilde sona eren işçinin devralan işverene başvurabilmesi, İş Kanunu'nun işyeri devrinde sorumluluğa ilişkin açık hükmü karşısında kural olarak mümkün değildir. Ancak TBK m. 202 anlamında bir devrin mevcudiyeti veya bahse konu devrin, birleşme işlemi gibi külli halefiyet sonucunu doğuracak nitelikte olması hallerinde, iş kazasına uğrayan işçinin ölmesi durumunda mirasçıları, diğer hallerde ise bizzat kendisi her iki işverenin de müteselsil sorumluluğuna başvurabilecektir.[78]

D. İş Sözleşmesi Devri

1. Genel Olarak

İş Kanunu'nda işçinin geçici olarak devri ve işyeri devrine ilişkin düzenlemelerden farklı olarak iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin devri, Türk Borçlar

---

78 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 280; Özkaraca, s. 345.

Kanunu'nun "sözleşmenin devri" başlıklı 429. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre hizmet sözleşmesi, işçinin yazılı rızası alınarak başka bir işverene devredilebilecektir (m. 429/1). Sözleşmenin devriyle birlikte devralan, bütün hak ve borçlar ile birlikte sözleşmenin işveren tarafı olur. İşçinin hizmet süresinin esas alındığı haklar bakımından ise devreden işverenin yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapılması gerekir (m. 429/2).

İş sözleşmesi devri, devreden, sözleşmede kalan ve devralan tarafın katıldığı kendine özgü bir hukuki işlem ile yapılabileceği gibi önceden devreden ve devralan işveren arasında yapılan bir sözleşmeye işçinin onayı ile de meydana gelir.[79]

Kanun'da devir için işçinin yazılı rızasının aranacağı belirtilmiş ancak rızanın hangi zaman aralığında alınması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak işçinin mali yönden çok zayıf olan bir işverene devredilmesi veya iş güvencesi kapsamında olmayan bir işyerinde çalıştırılmaya başlanması gibi işçinin aleyhine durumların doğmasına müsait bir işlem olduğundan yazılı rızanın devir anında aranması gerektiği kabul edilmelidir.[80] Zira geçici iş ilişkisinde dahi devre rızanın devir anında aranmış olması dikkate alındığında farklı bir sonuca varmak hukuk mantığıyla da bağdaşmayacaktır.[81]

İş sözleşmesinin devri ile sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ancak sözleşmenin şartlarında herhangi bir değişiklik olmamaktadır.[82] Devirle taraf olma sıfatı ile birlikte iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar, yeni işveren tarafından üstlenilmektedir. Bunun neticesinde devreden işverenle işçi arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermektedir.[83]

---

79 Ercüment Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri (Sözleşmenin Devri), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014, s. 120.

80 Karşı görüş için bkz. Efe Yamakoğlu/Eda Karaçöp, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunu ile İlişkisi", *Legal İHSGHD*, Y. 2013, S. 38, s. 12; Yazılı şekil şartının niteliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Özkaraca, Sözleşmenin Devri, s. 121 vd.

81 Süzek, s. 330.

82 Mustafa Alp, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", *DEÜHFD,* C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 193.

83 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 310; Nurşen Caniklioğlu, Türk Borçlar Kanunu- İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, 15 Kasım 2013, İstanbul 2014, s. 78; Özkaraca, s. 114;

2. İş Sözleşmesi Devrinde Müteselsil Sorumluluk

İş sözleşmesinin devrinde kanun koyucu açık bir biçimde müteselsil sorumluluk düzenlemesi yapmamıştır. Bu açıdan TBK m. 429, iş sözleşmesinin devrinden önceki bir tarihte doğan borçlardan dolayı devreden işverenin devralan işveren ile birlikte sorumluluğunun devam edip etmediği konusundaki soruları cevapsız bırakmaktadır.

İş sözleşmesi devri, niteliği gereği iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları devralan işverene geçirmekte ve devreden işvereni borçtan kurtarmaktadır.[84] Bu işlem neticesinde tüm alacaklar ve borçlar bakımından tek muhatap olarak devralan işveren kalmakta ve devreden işverenin haklarına halef olmaktadır. Burada devralan, devreden işverenin hukuki durumunu bir bütün olarak üstlenmektedir.[85] Devralan işveren, sözleşme devri müessesesinin niteliği gereği sözleşmeyi devralmadan önceki zaman diliminde doğmuş borçların tümünden sorumlu olur.[86]

Türk Borçlar Kanunu'nun işyeri devrini düzenleyen 428. maddesinde, İş Kanunu'nun 6. maddesi ile uyumlu olarak işyerini devreden ve devralan işveren hakkında birlikte sorumluluk düzenlemesine yer verilmiştir (TBK m. 428/3). Hemen bir sonraki madde olan iş sözleşmesinin devrinde ise herhangi bir birlikte sorumluluk düzenlemesi bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, kanun koyucunun menfi bir düzenleme yapmamak adına kasıtlı susma yoluyla birlikte sorumluluğu kabul etmemeyi amaçladığı, dolayısıyla burada bir kanun boşluğundan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre işyeri devrinden farklı olarak iş sözleşmesi devrinde işverenin rızası aranmakta dolayısıyla iş sözleşmesi devri devreden işveren nezdindeki alacağının devralana geçmesinin sonuçlarını hesaplayabilecek konumdaki işçinin iradesiyle meydana gelmektedir.[87] Yine kanunda açık bir biçimde öngörülmediği müddetçe yorum yoluyla bir müteselsil sorumluluk ortaya çıkarılması veya kıyasen bir müteselsil sorumluluk hükmünün genişletilmesi mümkün değildir.[88] Zira TBK m. 141 gereği

---

84 Özkaraca, Sözleşmenin Devri, s. 133.
85 Eren, Genel, s. 1392.
86 Şeref Güler, "İş Sözleşmesinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk", *İMHFD*, C. VI, S. 11, 2021, s. 215.
87 Ekmekçi/Yiğit, s. 241 vd.
88 Ekmekçi/Yiğit, s. 242; Yamakoğlu/Karaçöp, s. 125.

müteselsil sorumluluğun kaynağı ancak tarafların anlaşması veya açık bir kanun hükmüdür.[89]

Öğretideki diğer bir görüşe göre iş sözleşmesi devrine ilişkin TBK m. 429 hükmünde devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi kanun koyucunun ihmalinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ortaya çıkan bu kanun boşluğu iş yeri devrine ilişkin TBK ve İK hükümlerinde öngörülen birlikte sorumluluk hükümlerinin kıyasen, korunan menfaatler açısından benzer olan iş sözleşmesi devrine de uygulanması gerekir.[90]

Kanımızca müteselsil sorumluluğa ilişkin açık Kanun hükmü karşısında kıyas yoluyla devreden işverenin devir öncesi borçlardan sorumlu tutulması hukuk mantığına uygun düşmemektedir (TBK m. 141). Ancak her ne kadar işçiye devre rıza gösterme yetkisi tanınmış olsa da işçiden özgür bir biçimde karar verebilmesi ve her durumda haklarının güvence altında olduğu kanaatini doğru bir biçimde taşıması beklenemeyecektir. Bu nedenle devreden işverenin de devirden önce doğan borçlardan müteselsil olarak sorumlu tutulması adaletin tesisi bakımından daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay, verdiği kararlarda iş sözleşmesi devrinden doğan sorumlulukta, işyeri devrinden doğan müteselsil sorumluluğa ilişkin İK m. 6/3 hükmünü kıyasen uygulamaktadır.[91] Ancak olması gereken hukuk açısından iş sözleşmesinin devri hususunda da tıpkı işyeri devrinde olduğu gibi devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğuna ilişkin açık bir Kanun hükmüne yer verilmesidir.[92] Zira bu uygulama mevcut haliyle TBK m. 205'te düzenlenen sözleşmenin devri müessesesinin niteliği ile bağdaşmamaktadır.

İş sözleşmesinin devredilmesinden önceki bir tarihte doğan diğer işçilik alacakları gibi iş kazası neticesinde meydana gelen zararlar-

---

89 İpek Kocagil, "Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri", *Sicil İHD*, S. 22, Haziran 2011, s. 56.

90 Özkaraca, Sözleşmenin Devri, s. 137 vd; Süzek, s. 331; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 312; Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Devri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4. Nisan 2009, İstanbul 2009 (Devir), s. 327.

91 Yarg. 9. HD, 26.03.2018, E. 2018/2403, K. 2018/6275, (www.lexpera.com, ET. 09.11.2021).

92 Özkaraca, Sözleşmenin Devri, s. 141.

dan doğan sorumluluktan da iki yıl süreyle her iki işveren müteselsil olarak sorumlu olacaktır. İş sözleşmesinin devrinden sonra meydana gelen iş kazalarından ise yalnızca devralan işveren sorumlu olacaktır. Alt işverenlikten ve geçici iş ilişkisinden farklı olarak işçi birden fazla işverenin iş sahasında bulunmadığı veya geçici de olsa başka bir işverenin emir ve talimatı altında çalışmadığından, birlikte kusurun varlığı neticesinde TBK m. 61 kapsamında müteselsil sorumluluğun meydana gelmesi ise kural olarak mümkün olmayacaktır. Zira iş sözleşmesinin devri, devreden ve devralan işverenler arasında sürekli bir ilişki doğurmamakta, devir işleminin tamamlanması anında üçlü ilişkinin devredeni olan işveren ilişkiden tamamen ayrılmaktadır.

III. Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun kapsamına giren alacak kalemlerine ilişkin ne İş Kanunu'nda ne de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle işçinin ve diğer hak sahiplerinin iş kazasından doğan talepleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.[93]

İşverenin geniş anlamda gözetme borcuna aykırı, dar anlamda ise iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcuna aykırı tutumu neticesinde işyerinde bir iş kazasının meydana gelmesi halinde işçi bedensel zararlarının tazminini müteselsilen sorumlu olan işverenlerden talep edebilir (m. 54 ve 55). Maddi tazminatın yanında iş kazası sebebiyle manevi tazminat talep edilmesi de mümkündür (m. 56). İş kazası neticesinde işçinin hayatını kaybetmesi halinde, işçinin desteğinden yoksun kalanlar destekten yoksun kalma tazminatı olarak ifade edilen maddi tazminatı talep edebilirler (m. 53). Ayrıca işçinin ölümünden acı ve ıstırap duyan yakınları müteselsil sorumlu olan işverenlerin hepsine karşı manevi tazminat talebiyle dava açabileceklerdir (m. 56/2).[94]

A. Maddi Tazminat

İşçi, iş kazası neticesinde uğradığı bedensel zarar karşılığında işverenden maddi tazminat talebinde bulunabilir. Bedensel zarar kavramı-

---

93 Süzek, s. 409; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 436; Özdemir, s. 301.

94 İş kazası neticesinde işçinin ve yakınlarının talep edebilecekleri haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, s. 134 vd.; Süzek, s. 427 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 443; Özdemir, s. 301 vd.

nın kapsamı Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde belirlenmiştir. Bedensel zararların ilk kalemi tedavi giderleridir. İşçi, hastaneye gidiş ve gelişi için yaptığı masrafları, uygulanan tedavi ve gerçekleştirilen ameliyatalar için yapılan giderleri maddi tazminat olarak talep edebilecektir.[95] Bunun yanında, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar da maddi tazminat kapsamında işverenden talep edilebilecektir.

Hukukumuzda maddi tazminat bir zenginleşme amacı gütmemekte, zarar görenin maddi durumunun önceki hale getirilmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle işçinin hak kazandığı maddi tazminat tutarı uğranılan zararla sınırlıdır.[96] Yargıtay iş kazasından doğan maddi tazminat hesaplamalarında işçinin yaşını, ücretini, iş göremezlik oranını ve kusur oranlarını göz önünde bulundurmaktadır. Bu veriler kullanılarak işlemiş zarar dönemi, işleyecek aktif zarar dönemi ve işleyecek pasif zarar dönemi olmak üzere üç ayrı zaman dilimi için ayrı ayrı hesaplama yapılmakta ve ödenmesi gereken tazminat tutarına ulaşılmaktadır.[97]

B. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin iş kazası neticesinde gerçekleşen ölüm nedeniyle uğradıkları zararların giderilmesi gerekmektedir. İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında ve işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşmedir. İşçinin desteğinden yoksun kalanlar iş sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak kanun koyucu özel bir hükümle işçinin desteğinden yoksun kalanların haksız fiil hükümlerine değil sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre zararlarının tazminini talep edebilmelerinin önünü açmıştır. Buna göre "işverenin… kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümüne bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir" (TBK m. 417/3).

95 Sarper Süzek, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 705.
96 Cengiz, s. 134; Süzek, s. 427-428.
97 Süzek, s. 433 vd; Akın, s. 119 vd.

Destekten yoksun kalma tazminatını işçinin sağlığında fiilen desteğinden yararlanan eş, çocuklar, anne, baba ve diğer kişiler talep edebilir[98]. Bu tazminatın miktarının tespitinde de maddi tazminatın tespitinde dikkate alınacak değişkenlerin hesaba katılması gerekecektir. Ayrıca bu tazminat türüne özgü olarak, eğer sağ olsaydı ölenin gelirinin bir kısmının kendi masraflarına, tasarruflarına, hangi desteğe ne kadar pay ayıracağına, ilişkin veriler de tazminatın tespitinde göz önünde bulundurulacaktır.[99]

C. Manevi Tazminat

Manevi tazminatı iş kazasına uğrayan işçi talep edebileceği gibi, ağır bedensel zararın meydana gelmesi veya işçinin ölümü halinde yakınları da talep edebilir (TBK m. 56/2). Maddi zararın tespitine ilişkin hükümler kıyasen manevi tazminata da uygulanır. Ancak manevi zarar maddi zarardan farklı olarak malvarlığında değil, şahıs varlığında bir eksilme sonucu doğurduğundan hâkimin takdir yetkisi maddi tazminattan çok daha fazla etkili olacaktır.[100] Nitekim maddi zarardaki gibi birtakım matematiksel formüllere bağlı hesap yöntemleri ile manevi zararın hesaplanarak ortaya konması mümkün değildir.[101]

Sonuç

İşçinin, işverenin hakimiyeti altında bulunduğu sırada yerine getirdiği işten kaynaklanan veya dış bir sebeple aniden meydana gelen bir olay neticesinde ruhsal veya bedensel zarara uğramasına iş kazası denir. Meydana gelen iş kazasında işverene yüklenebilecek bir kusurun bulunması, dolayısıyla işverenin gözetme borcuna aykırı bir tutumunun varlığı halinde, işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu gündeme gelir. İstisnai de olsa bazı hallerde ise işverenin iş kazasından hukuken sorumlu tutulması için kusuru dahi aranmaz.

İş kazası neticesinde bedensel zarara uğrayan işçi, işverenden maddi tazminat ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. İşçinin hayatını kaybetmesi halinde ise desteğinden yoksun kalanlar destekten

---

98 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 453; Süzek, s. 438.
99 Süzek, s. 442.
100 Cengiz, s. 138.
101 Süzek, s. 444.

yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilir. Ayrıca ağır bedensel zararların meydana gelmesi veya işçinin ölümü halinde, işçinin acı duyan yakınları da manevi tazminat talep edebilir.

İş hukukunda, alt işverenlik ilişkisi, geçici iş ilişkisi, işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri, üçlü ilişkiler olarak ifade edilmektedir. Kanun koyucu üçlü ilişkilerin söz konusu olduğu iş ilişkilerinde, işçilerin korunması amacıyla müteselsil sorumluluk düzenlemelerine yer vermiştir. Nitekim asıl işveren, alt işverenin işçisinin işçilik alacaklarından alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur (İK m. 2/6). Yine meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde de devreden ve devralan işverenlerin işçinin ücretinden, gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir (İK m. 7/15). Yine işyeri devrinde de devreden ve devralan işverenler iki yıl süre ile devirden önce doğan borçlardan müteselsil olarak sorumlu tutulmuşlardır.

İş sözleşmesi devrinde diğer üçlü iş ilişkilerinden farklı olarak Kanun'da açık bir müteselsil sorumluluk düzenlemesi öngörülmemiştir. Ancak öğretideki baskın görüş ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda işyeri devrindeki iki yıl süreli müteselsil sorumluluk hükmü iş sözleşmesi devrine de kıyasen uygulanmakta ve devirden önceki bir tarihte gerçekleşen iş kazalarından doğan borçlardan her iki işveren de sorumlu tutulmaktadır.

Kanunda, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde işçi çalıştırılmak üzere kurulan geçici iş ilişkisinden farklı olarak, gözetme borcunun ihlalinden geçici işverenin özel istihdam bürosu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle işçinin geçici işverene iş gördüğü sırada uğradığı iş kazası neticesinde meydana gelen zararları geçici işverenden talep etmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak gerek İş Kanunu'nda gerekse iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında geçici işverenler için öngörülen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde geçici işverenin kendi kusurundan doğan sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu kez de aynı zararın doğumuna farklı nedenlerle sebep olan kişilerin zarardan müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin TBK m. 61 hükmü gereği özel istihdam bürosu ve geçici işverenin müteselsil sorumluluğuna başvurulabilecektir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine benzer şekilde alt işverenlik ilişkisi içerisinde asıl işverenin işçisinin, alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini kusuruyla yerine getirmemesi sonucunda zarara uğraması halinde doğacak sorumluluğa uygulanması da mümkündür. Bu kez de alt işveren, asıl işverenin işçisine karşı haksız fiil hükümlerinden dolayı sorumlu olacak, asıl işveren ise sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre iş kazasından sorumlu tutulacaktır. Bu halde de TBK m. 61 hükmü gereği asıl işveren işçisi hem alt işverene hem asıl işverene iş kazası nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini için başvurabilecektir.

Kaynakça

Kitaplar

Akın Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001.

Akın Levent, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013 (Alt İşverenlik).

Alpagut Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Çankaya Osman Güven/Çil Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011.

Çelebi Duygu, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Ankara, 2019.

Çelik Ahmet Çelik, Trafik – İş Kazaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021.

Doğan Yenisey Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Ekin Ayşegül, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2019.

Ekmekçi Ömer/Yiğit Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel), 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 1181.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974.

Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2006.

Güzel Ali, İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1987.

Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2021.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014.

Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 11. Bası, İstanbul 2014.

Özdemir Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Özkaraca Ercüment, İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014 (Sözleşmenin Devri).

Özkaraca Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi 1. Basım, İstanbul 2008.

Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, 20. Baskı, Anakara 2020.

Tuncay Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.

Ulusan İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçini Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş, 1990.

Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan Füsun, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş Dördüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul 2015.

Yıldız Eren, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Yiğit Esra, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Makaleler

Alp Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4. Nisan 2009, İstanbul 2009 (Devir).

Alp Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", *DEÜHFD*, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007.

Aydınlı İbrahim, "6552 sayılı Kanun'la Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler", *GÜHFD*, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4.

Aydınlı İbrahim, "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", (www.tuhis.org.tr/pdf/811.pdf, ET. 4.11.2021).

Başbuğ Aydın, "Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", *Kamu İş* C. 4, S. 3, Ocak 1998.

Baycık Gaye, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3.

Belverenli Demet, "Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", *İÜHFM*, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı.

Caniklioğlu Nurşen, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 2016 (İşverenin Sorumluluğu).

Caniklioğlu Nurşen, "Türk Borçlar Kanunu- İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", 10. Yılında İş Kanunu Semineri, 15 Kasım 2013, İstanbul 2014.

Cengiz İştar, "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", *TAAD*, Y. 9, S. 34.

Civan Orhan Ersun, "Makineyle Birlikte İşçi Devri", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul, 2019.

Civan Orhan Ersun, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", *AÜHFD*, 66 (2) 2017: 311-397.

Ekmekçi Ömer, "4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 2, Y. 2004 (Geçici).

Ekonomi Münir, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008.

Güler Şeref, "İş Sözleşmesinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk", *İMHFD*, C. VI, S. 11, 2021.

Güzel Ali/Heper Hande, "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", *Çalışma ve Toplum*, 2017/01.

Güzel Ali/ Ugan Çatalkaya Deniz, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları, (Karar İncelemesi)", *Çalışma ve Toplum*, S. 34, Y. 2012/3.

Kocagil İpek, "Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri", *Sicil İHD*, S. 22, Haziran 2011.

Odaman Serkan, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması", *Sicil İHD*, S. 36, Aralık 2016.

Oğuzman M. Kemal, "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", *İÜHFM* 1969, C. XXXIV, S. 1-4.

Özkaraca Ercüment, Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı 2016 Toplantıları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, 03-04 Haziran 2016, İstanbul 2018 (Özel İstihdam Bürosu).

Özkaraca Ercüment, "İşyeri Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Sempozyumu, İstanbul, 2009 (Hukuki Sorumluluk).

Süzek Sarper, "İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010 (İş Kazası).

Tuncay Can, "İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi", Mercek, Y. 8, S. 30, Y. 2003.

Usen Şelale, "2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, 2010/3.

Yamakoğlu Efe/Karaçöp Eda, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunu ile İlişkisi", *Legal İHSGHD*, Y. 2013, S. 38.

Yıldız Gaye Burcu, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu", *Toprak İşveren Dergisi*, Y. 2010, S. 86.

Mahkeme Kararları

AYM, 28.02.2018, E. 2016/141, K. 28.02.2018.

Yarg. HGK, 20.03.2013, E. 2012/21-1121, K. 2013/386.

Yarg. 9. HD, 12.10.2004, E. 2004/13687, K. 2004/22962.

Yarg. 9. HD, 05.10.2006, E. 2006/4720, K. 2006/25950.

Yarg. 9. HD, 14.05.2007, E. 2007/3132, K. 2007/14914.

Yarg. 9. HD, 15.10.2010, E. 2008/377249, K. 2010/29226.

Yarg. 9. HD, 14.05.2013, E. 2003/4721, K. 2003/4643.

Yarg. 9. HD, 22.2.2016, E. 2014/30825, K. 2016/3327.

Yarg. 9. HD, 26.03.2018, E. 2018/2403, K. 2018/6275.

Yarg. 9. HD, 27.05.2019, E. 2017/10797, K. 2019/12098.

Yarg. 9. HD, 11.03.2020, E. 2016/15573, K. 2020/4215.

Yarg. 9. HD, 18.01.2021, E. 2019/4999, K. 2021/1253.

Yarg. 10. HD, 19.4.2016, E. 2014/24954, K. 2016/6004.

Yarg. 10. HD, 15.04.2019, E. 2016/15843, K. 2019/3473.

Yarg. 21. HD, 19.10.2010, E. 2010/3450, K. 2010/10172.

Yarg. 21. HD, 02.07.2011, E. 2010/3098, K. 2011/5070.

Yarg. 21. HD, 07.05.2015, E. 2014/24340, K. 2015/10282.

Yarg. 21. HD, 18.10.2016, E. 2015/17528, K. 2016/12750.

Yarg. 21. HD, 13.02.2018, E. 2016/12322, K. 2018/1190.

Yarg. 21. HD, 12.11.2018, E. 2016/19679, K. 2018/8140.

Yarg. 21. HD, 26.12.2019, E. 2019/2527, K. 2019/8120.

ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YARGILAMA HUKUKUNA ETKİSİ

EFFECT OF INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW ON JURISDICTION LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Sezercan BEKTAŞ*
Ali ÖZDEMİR**

Özet: Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) yargılama hukuku ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişkiyi ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda uluslararası teamül hukukunun uluslararası insan hakları hukuku ile bağlantılarına dair bazı sorgulamalara yer verilecektir. Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası hukukla aynı yöntemleri izlemesinin yanında; kaynaklar itibariyle de uluslararası hukuk muhtevası içerisindedir. Bu nedenle uluslararası hukuk bakımından yerleşik genel ilkelerin uluslararası insan hakları hukuku için ağırlığı ve etkisi göz ardı edilmemelidir. Bu çalışma genel olarak uluslararası insan hakları hukuku kapsamında uluslararası teamül hukuku kurallarını belirlemenin zorluklarına dikkat çekmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'in sözü edilen kuralların belirlenmesi için ayrı bir yöntem benimseyip benimsemediği usul ve maddi hukuk temelinde içtihatlarla özetlenmiştir. Bu bağlamda, bir yorum yöntemi olan Avrupa konsensüsünün AİHS'e taraf devletler için uluslararası/bölgesel teamül kurallarının doğuşundaki rolü; başka bir deyişle Avrupa konsensüsünün bir teamül kuralının oluşması için bir yöntem olarak görülüp görülmeyeceği sorgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Teamül Hukuku, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konsensüsü, Jus Cogens

Abstract: This study aims to reveal the relation between the European Convention on Human Rights (ECHR) jurisdictional law and international customary law. In this context, some inquiries will be made about the connection of international customary law with international human rights law. International human rights law, besides following the same methods as international law; in terms of sources, it is within the content of international law. For this reason,

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, sezercanbektas@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7395-5375

** Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı, aliozdemir@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9055-807X, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.02.2022, Kabul Tarihi: 25.06.2022

the weight and impact of established general principles in international law for international human rights law should not be ignored. This study has drawn attention to the difficulties of determining international customary law rules within the scope of international human rights law in general. In addition, whether the European Court of Human Rights (ECtHR) has adopted a separate method for the determination of the aforementioned rules has been summarized with case-law on the basis of procedural and substantive law. In this context, the role of the European consensus, which is a method of interpretation, in the emergence of international/regional customary rules for the states party to the ECHR; in other words, it is questioned whether the European consensus should be seen as a method for the formation of a customary rule.

Keywords: Customary International Law, Human Rights, European Court of Human Rights, European Consensus, Jus Cogens

Giriş

Uluslararası teamül hukukunu devletler arası ilişkilerin bir tezahürü olarak nitelendirmek mümkündür.[1] Zira uluslararası hukukun, başlangıç itibariyle uluslararası teamül hukuku olarak teşekkül ettiği söylenebilir.[2] Öyle ki bir kavram olarak *teamül, kaynakların kaynağı* olarak nitelendirilmekte; hatta devletlerin uluslararası hukukun kurallarına bağlı olması, yine bir teamül kuralı olarak kabul edilen *pacta sunt servanda* ilkesi[3] ile açıklanmaktadır.[4]

II. Dünya Savaşı'yla birlikte uluslararası hukukta anlayış bakımından bir kırılma yaşanmıştır.[5] Bu kırılmanın ilk adımları, Amerika

---

1 Bazı yazarların kabulüne göre; uluslararası teamül hukuku, uluslararası ilişkiler alanını sarmış, dolayısıyla bu disiplinin her tarafına yayılmıştır. Bkz. Şahin Eray Kırdım ve Atahan Demirkol, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Adet Hukuku", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV, 4, 2021, s. 385. Ancak biz "ulus" kavramının doğuşu ve bu kavramın kapsamı ile, bir disiplin olarak "uluslararası ilişkiler"in başlangıcı göz önüne alındığında; uluslararası teamül hukukunun devletler arası ilişkilerin bir tezahürü olarak nitelendirilmesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Üstelik bir teamül kuralının doğması ve bağlayıcı güç kazanmasında tarihsel ve modern açıdan devletin özgül ağırlığının öne çıkarılması kaçınılmazdır.

2 David J. Bederman, International Law in Antiquity, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s.40-41.

3 Pacta sunt servanda ilkesinin uluslararası hukuk sisteminin temel normu (basic norm) olduğu, andlaşmaların ve uluslararası teamül hukukunun geçerliliğinin bu temel normdan kaynaklandığı konusunda bkz. Hidemi Suganami, "A Normative Enquiry in International Relations: The Case of 'pacta sunt servanda'", *Review of International Studies*, 9, 1, 1983, s.41.

4 Emre Öktem, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.10.

5 Ivu P. Urdang, "Franklin and Eleanor Roosevelt: Human Rights and the Creation

Birleşik Devletleri (ABD) Başkanı Roosevelt'in 6 Ocak 1941'de ABD Kongresi'nde sunduğu dört özgürlük konuşmasında görülmektedir.[6] Bunlar; ifade özgürlüğü, ibadet özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma özgürlüğü ve korkudan kurtulma özgürlüğüdür.[7] Roosevelt'in çizdiği ve tüm devletler tarafından bu özgürlüklerin benimsenip sağlandığı bir dünya hedefi, uluslararası hukuk alanına dahil edilmiştir. Böylece uluslararası hukuk alanında şekillenecek yeni anlayışın da temelleri atılmış, insan haklarının ulusal bir meseleden çıkarak uluslararası bir boyuta geçişi başlamıştır.[8] Elbette bu geçiş sürecine şüpheyle yaklaşanlar da olmuştur. Öyle ki dayandığı ilkeler itibariyle *ifade özgürlüğünün,* geleneksel anlamdaki uluslararası hukukun temellerine aykırı olduğu, uluslararası hukukun sadece biçim bakımından değil kapsam bakımından dönüşüme uğrayacağı şeklinde eleştiriler ileri sürülmüştür.[9]

Ancak insan haklarının uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelmesiyle beraber, devletlerin egemenlik yetkilerindeki dönüşüm de kaçınılmaz hale gelmiştir.[10] Bu anlamda her ne kadar ilk başlarda devletler, iç işlerine uluslararası hukuktan kaynaklanan bir müdahaleyi kabul etmese de zamanla uluslararası hukuka dayalı olarak ulusal düzeyde insan haklarının korunması söz konusu olduğunda; devletin egemenlik yetkisine bağlı olarak *iç işlerine karıştırmayız* savun-

of the United Nations", *OAH Magazine of History,* 22, 2, 2008, s. 28.

6 A. Şeref Gözübüyük; Feyyaz Gölcüklü; Abdurrahman Saygılı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, Tamamen Yenilenmiş 12. Bası, s.6; Urdang, (2008), s.28-31.

7 Adil Şahin, Batı'lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2015, s. 107; Urdang, (2008), s.28-31.

8 Kırdım ve Demirkol, (2021), s.381; Bu noktada, insan haklarının uluslararası bir boyut kazanması ile insan haklarının evrenselliği arasında bir ayrım olduğu hatırlatılmalıdır. Birincisi, insan haklarının uluslararası hukuk ve siyasetin bir konusu haline gelmesini ifade ederken; ikincisi, dünyadaki bütün insanların hangi devlette bulunursa bulunsun insan haklarına sahip olduğu düşüncesini temsil etmektedir. Bkz. GM Ferreira and MP Ferreira-Snyman, "The Impact of Treaty Reservations on the Establishment of An International Human Rights Regime", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 38, 2, 2005, s.149.

9 Paul Guggenheim, "Atlantik Misakı ve Teamüli Devletlerarası Hukuku", (çev. Necdet Çeşniğ), *İnsan Hakları Dergisi*, Sayı: 3, Ankara, Mart 1947, s.25-27. (Aktaran: Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, 8. Bası, s.4.).

10 Jack Donnelly, "Human Rights: A New Standard of Civilization?", *International Affairs*, 74, 1998, s.13-14.

ması büyük oranda törpülenmiştir.[11] Bu noktada uluslararası teamül hukukunun insan hakları bakımından farklı bir ağırlığa sahip olduğu vurgulanmalıdır.[12] Örneğin bir devlet tarafından *ciddi ve yaygın ölçüde* insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda diğer devletler bu duruma tepki göstermelerine rağmen; aynı devletler bireysel bazda gerçekleşen veya rutin düzeyde meydana gelen insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda aynı duyarlılığı göstermemektedir.[13] İnsan hakları ihlallerinde devletlerin tutumunun siyasi ve salt çıkar temelli olarak gerçekleşmesi de meseleyi daha kaotik hale getirmektedir.

Burada şu soru akla gelmektedir: İnsan haklarının etkili bir şekilde korunması bakımından fark edilebilir bir gelişme hedefi olarak devletlerin diğer devletlere karşı bir tutum sergilemesi ve bunun uluslararası teamül hukukuna dayandırılması, modern uygulama bakımından mümkün olabilir mi?[14] Schachter'e göre; insan hakları yükümlülüklerinin uluslararası teamül hukuku haline gelip gelmediği, alışılagelmiş teamül hukuku kuralı oluşturma süreci temelinde kolayca cevaplanabilecek bir soru değildir.[15] Uluslararası mahkemeler ve hakemlik müesseseleri, önüne gelen bir uyuşmazlıkta uluslararası hukukun bir kaynağı olarak uluslararası teamül hukukunun kurallarını

11 Gemalmaz, (2012), s.539-540; Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.17; Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, TODAİE, Ankara, 2004, s.28.

12 Bkz. Kırdım ve Demirkol, (2021), s.420-421.

13 Hugh Thirlway, "International Law And Practice Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues", *Leiden Journal of International Law*, 28, 3, 2015, s 499.

14 Örneğin Simma'ya göre; "Silahlı çatışmalarda uygulanabilen pek çok insancıl hukuk kuralı, insan kişiliğine ve insanlığın temel düşüncelerine saygı açısından temel bir niteliğe sahiptir (…) Bunlar, uluslararası teamül hukukunun ihlal edilemez ilkelerini oluşturdukları için, onları içeren sözleşmeleri onaylamış olsun ya da olmasın tüm devletler tarafından gözetilmelidir." Bkz. ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 Aralık 2005, Yargıç Simma'nın Ayrık Görüşü, para.39. Simma'nın yaklaşımı literatürde insan hakları teamül kuralları okulu olarak adlandırılmakta ve genellikle Simma Alston Eleştirisi olarak anılmaktadır. Bkz. B.Simma & P.Alston, "The Source of Human Rights Law; Custom ius cogens and General Principles", 82, AYIL, 1992, s.89; Michele Olivier, "The Relevance of 'Soft Law' As a Source of International Human Rights", The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 35, 3, November 2002, s.303.

15 Oscar Schachter, International Law in Theory and Practice, Martinus Nijhoff, Dordrecht/ Boston/ London, 1991, s. 335-342.

da göz önünde bulundurmak durumundadır. Ayrıca bu müesseseler kural olarak devletlerin rıza ve iradeleri temelinde yargılama yetkisine sahiptirler. Bu bakımdan sözü edilen müesseseler, devletler için bağlayıcı olan kuralları dikkate almak durumunda olmasına rağmen; içtihatlar temelinde devletlere yükümlülük getirme başarısı, istenilen seviyede değildir.[16] Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları söz konusu olduğunda; taraf devletler bakımından meselenin daha yakından ele alınması kaçınılmazdır.

Bu yönüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)[17] sisteminin, uluslararası teamül hukuku kapsamında değerlendirilmesi oldukça önemlidir.[18] Ayrıca uluslararası hukukun kaynakları göz önüne alındığında; insan haklarıyla ilgili bir normun, uluslararası teamül hukuku kuralı olabilme kapasitesi bulunmaktadır. Ancak uluslararası teamül hukukunun, AİHS yargılama hukukundaki rolüne ilişkin literatürde yeterli düzeyde araştırmaların olmadığı söylenebilir.

AİHS'te düzenlenen bazı düzenlemelerin farklı bir hukuki zeminde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Örneğin köleliğin yasaklanması, kanunsuz suç ve cezanın olmaması veya işkence yasağı gibi düzenlemeler bu kapsama girmektedir. Öyle ki sözü edilen yasaklar, sadece AİHS'e taraf olan devletleri değil, Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'nin işaret ettiği gibi[19] bütün devletleri bağlamaktadır.[20] Dolayısıyla AİHS'teki bazı hükümler, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğundan tüm devletler için bağlayıcı bir niteliğe sahiptir.[21]

---

16 Öktem, (2013), s. 25.

17 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 04 Aralık 1950 tarihinde imzalanmış; 03 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 04 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye'nin Sözleşmeyi onaylamasının uygun bulunduğuna dair 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarihli, 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiştir. Sözleşme Türkiye açısından, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin güncel metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, E.T. 21.06.2022.

18 Thirlway, (2015), s.495-496.

19 ICJ, Barselona Traction (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para.32-33.

20 Öktem, (2013), s.16.

21 Andrew J.Cunningham, , "The European Convention on Human Rights, Customary International Law and The Constitution", *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 3, 1994, s. 542.

Diğer taraftan AİHS'in uluslararası insan hakları hukukunda yarattığı ağırlık ve AİHS'e taraf devletlerin sayısı göz önüne alındığında; Avrupa düzeyinde (bölgesel nitelikli) teamül hukuku[22] kurallarının oluşturulmasında AİHS'in etkisi göz ardı edilemez. Bu bakımdan AİHS yargılama hukuku ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki dikkatli bir şekilde ele alınmak durumundadır. Zira AİHS uluslararası bir andlaşma olduğundan uluslararası hukuk sistemi içerisinde ele alınması kaçınılmazdır.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Kendine Özgü (*Sui Generis*) Yapısı

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avrupa Düzeyinde "Anayasal Bir Belge" Olma Niteliği

AİHS, uluslararası insan hakları hukuku düzenlemeleri içinde kendine özgü bir yapıya sahiptir.[23] AİHS'in önemi, insan haklarını uluslararası düzeyde güvence altına almasında ve bunu gerçekleştirmek için Sözleşmede ortaya koyulan taahhütlere uyulmasını sağlamak için uluslararası bir *Mahkeme* öngörmesinde yatmaktadır.[24] Ayrıca AİHS II. Dünya Savaşı sonrasında gelişen uluslararası insan hakları hukukunun ilk kaynakları arasında yer almaktadır.[25] İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)'in ilanından sonra AİHS, getirdiği koruma mekanizması ile İHEB'te ilan edilen insan haklarının belirli bir kısmını uluslararası düzeyde güvence altına alan en eski kaynak niteliğindedir.[26]

---

22 Bozkurt, bölgesel teamül kuralı görüşüne katılmamaktadır. Zira bölgesel teamül ile uluslararası teamül arasında nitelik bakımından bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir teamül hukuku kuralı olarak meydana gelen kurallar tüm devletler için bağlayıcıdır. Bkz. Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz, Devletler Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s.88.

23 Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" un çıkartılmasıyla da onaylamıştır (T.C. Resmî Gazete, 8662, 19.03.1954). Onay belgesinin depo ettirilmesiyle birlikte AİHS, 18.05.1954 tarihinden itibaren Türkiye bakımından hüküm doğurmaya başlamıştır. Gemalmaz, (2012), s.13.

24 AİHS 19.madde: "Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar."

25 Özdek, (2004), s. 27.

26 Bazı insan haklarının uluslararası korumaya alınması daha erken dönemlerde de

Bazı görüşlere göre AİHS'in Avrupa'nın ulus-üstü bir anayasası olma fikrine yakın olduğunu söylemek mümkündür.[27] AİHS'in *sui generis* yapısını ve Avrupa kıtasındaki rolünü yansıtan gelişmelerden birisi de AİHS Ek 11 No'lu Protokol ile gerçekleştirilen kurumsal reformdur. Diğeri ise Orta ve Doğu Avrupa'nın eski komünist ülkeleri de dahil olmak üzere AİHS'e taraf devletlerin sayısındaki ani ve olağanüstü gelişmedir. Bu ve benzeri adımlar, AİHS'i yalnızca uluslararası bir taahhüt olarak gören akit-andlaşma[28] formundan çıkarmış, ulusal ve uluslararası mahkemeler tarafından doğrudan uygulanmasının yolunu açmıştır. Bu durum AİHS'in, diğer uluslararası sözleşmelerden ayrı bir şekilde derinlemesine incelemeyi hak ettiğini göstermektedir. Bu çalışmanın amacı ise AİHS'in muhtevasında barındırdığı bütün bu özgünlükleri de göz önünde tutarak, uluslararası teamül hukukunun genel prensipleri ile ilgisini ortaya koymaktır.

AİHS'te yer alan bir hükmün uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olarak değerlendirilmesi, insan haklarının ulusal düzeyde etkili bir şekilde korunmasında önemli etkilere sahiptir.[29] Ayrıca AİHS'in ulusal hukuk düzenlerindeki etkisi incelenirken 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS)[30] 27. maddesi de göz önünde

---

görünmektedir. Örneğin azınlıkların korunması, köleliğin yasaklanması gibi konularda 19.yy ve 20.yy başlarında uluslararası sözleşmeler yapılmıştır. Ancak bu sözleşmeler sadece düzenlendikleri o konuyla sınırlıdır. Ancak AİHS kapsam itibariyle daha geniştir ve getirdiği güvence mekanizması yenidir. Özdek, 2004, s. 27.

27 Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ.Ü. İletişim Fakültesi Basımevi ve Film Merkezi, Üniversite yayın No: 3761, Fakülte yayın No:702, **İstanbul,** 1993, s. 232.

28 Doktrinde H.Triepel andlaşmaları yasa-andlaşma ve akit-andlaşma olarak ikiye ayırmaktadır. Bkz. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, Turhan Kitapevi, Ankara, 1993, s. 112; Doktrinde bu ayrım oldukça sık tartışılan bir hukuk teorisi meselesi olmasına rağmen Matscher, bu ayrımın meşru olduğunu savunmaktadır. F. Matscher, "Methods of interpretation of the Convention", The European System for the Protection of Human Rights, Ronald St J. Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordecht, 1993, s. 66.

29 Francioni Francesco, "Customary International Law And The European Convention On Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, 9, 1999, s.12; Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk kurallarına dönüşebilmesi için çeşitli devletlerde gerçekleştirilen uygulama örnekleri için bkz. Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, by., İzmir, 1993, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, s. 20-22.

30 Mark E. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.
Ayrıca bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, E.T.20.06.2022.

bulundurulmaktadır. Zira bu maddeye göre, *bir andlaşmaya taraf olan devletin, andlaşmayı uygulamamasının gerekçesi olarak kendi iç hukukunun hükümlerini ileri sürememesi*, bir uluslararası teamül hukuk kuralıdır.[31]

AİHS ve öngördüğü koruma sistemi, uluslararası hukukun muhtevası içinde değerlendirilmelidir. Ancak AİHS'in uluslararası hukuk türünden ziyade *anayasal bir belge, özerk bir sistem* haline geldiğini savunan bazı yazarlar da bulunmaktadır.[32] Bu yazarlara göre; örneğin AİHM bir kararında, AİHS'in radikal fikrinin *Avrupa kamu düzeninin özel bir anayasal aracı* olduğunu vurgulamıştır.[33] Aslında AİHS'de garanti edilen haklar, Sözleşmenin hazırlandığı tarihte Batı demokrasilerinin anayasalarında yer alan bazı medeni ve siyasi hakları içermektedir. Bu nedenle AİHS, Avrupa insan hakları sisteminin temel kaynağı olarak nitelendirilebilir.[34] Bu değerlendirmelerin arkasında pek çok sebebin yattığı söylenebilir. Nitekim AİHM yargıçları tarafından insan hakları değerlendirmesinin *epistemolojisi* bu noktada dikkat çekmektedir. Örneğin yargıçların çoğunluğu kendi alanlarında seçkin hukukçular olmalarına rağmen, ağırlıklı olarak uluslararası hukuktan ziyade daha çok anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku gibi alanların uzmanlarından oluşmaktadır.[35]

Özetle AİHS'i Avrupa'nın anayasal düzeninin bir parçası olarak değerlendirmek mümkün olsa da AİHS, uluslararası hukukun genel sisteminden ayrılamayan ve uluslararası teamül hukuku ile bağlantılı bir sözleşme rejiminin de parçasıdır.[36] Francioni'ye göre AİHS'in anayasal bir belge olarak değerlendirilmesi, uluslararası insan hakları hukukunun özel doğasını ve Avrupa demokrasilerinin fikirlerini, inançlarını ve geleneklerini yansıtan belirgin bir uluslararası teamül hukukuna yönelik *sui generis* rejime duyulan ihtiyacı yansıtmaktadır.[37]

---

31 Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt. 17, 2000, s. 38.

32 Ayşe Füsun Arsava, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD*, 9, 35, 2018, s. 1.

33 Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), Başvuru No: 15318/89, 18 Aralık 1996, para. 75 ve 93.

34 Özdek, (2004), s. 28.

35 Mustafa Yıldız, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25. Ayrıca somut bir örnek vermek gerekirse, 2019'da AİHM'e seçilen Türk Yargıç Saadet Yüksel, anayasa hukuku alanında görev yapmaktaydı.

36 Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 480-482.

37 Francioni, (1999), s. 13.

B. Çekince Rejimi Bakımından Değerlendirme

Çekince rejimi, AİHS ile uluslararası hukuk arasındaki en görünür ve tartışmalı alandır. Uluslararası teamül hukuku kapsamında; açıkça öngörülmese bile, *andlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşmadıkları sürece*, çok taraflı andlaşmalara çekince konulmasına VAHS kapsamında izin verilmektedir.[38] Uluslararası andlaşmalar yapılırken, devletlerin çekince öne sürmesi mümkündür. Çekince öne sürmek, söz konusu andlaşmanın belirli hükümleriyle bağlı olmama isteğini açıklamak demektir. Devletler, uluslararası bir andlaşmanın yapılmasının çeşitli evrelerinde çekince ileri sürülebilmektedir. Bir andlaşmaya çekinceyle katılmanın geçerli olması için, andlaşmanın çekince koymaya izin verir nitelikte olması gerekmektedir.[39]

AİHS'in çekince rejimi konusundaki uygulaması ise farklı bir niteliğe sahiptir. AİHM'in bu husustaki ilk kararı olan Belilos v. İsviçre davasında Mahkeme, İsviçre'nin AİHS 6. maddesi açısından yaptığı beyanın çekince teşkil edip etmediğini hem şekle hem de esasa ilişkin hususları inceleyerek değerlendirmelerde bulunmuş ve neticede İsviçre'nin beyanının bir çekince teşkil etmediği kararına varmıştır.[40] Nitekim benzer bir şekilde Loizidou v. Türkiye davasında, başvuranın Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC)'de bulunan mallarına müdahale konusundaki şikâyeti karşısında Türk hükümeti ilk itirazını AİHM'in yetki konusuna yöneltmiştir. Zira Türkiye'nin AİHM'in yargı yetkisini tanırken bu yetkiyi açıkça Türkiye Cumhuriyeti topraklarıyla sınırlamış olduğunu; KKTC topraklarının Türkiye'nin yetki alanında olmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu itirazı, reddetmiştir. Zira AİHM, AİHS'teki yükümlülüklerin somut ve etkin bir şekilde yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir.[41] AİHM'e göre devletlerin koyduğu çekincelerin gerek öz gerekse de şekil bakımından geçerli olup olmadığına ve AİHS'e uygun bulunup bulunmadığını kararlaştırmaya kendisi yetkilidir.[42]

---

38 Villiger, (2009), s. 271.

39 Seha L. Meray, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 399, Ankara,1977, s. 200-201.

40 Susan Marks, "Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights", The International and Comparative Law Quarterly, 39, 2, 1990, s. 301; Belilos v. İsviçre, Başvuru No: 10328/83, 29 Nisan 1988.

41 Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), Başvuru No: 15318/89, 18 Aralık 1996, para. 71-72.

42 Marks, (1990), s. 307.

Ancak Francioni'ye göre "AİHM, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın aksine, *uluslar üstü bir düzen*in uygulanmasıyla görevli değildir. AİHS'in hiçbir bölümünde bu tür organlara kararlarını taraf devletlerin rızasıyla değiştirme yetkisi veren bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, Loizidou v. Türkiye davası bağlamında, *Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı* olarak çokça ifade edilen AİHS nosyonu ciddi şekilde yanlış yerleştirilmiştir. Zira çekince hususunda vurgulanan şey, böyle bir özel rejimin etkin bir şekilde ortaya çıkması için, taraf devletlerin, izin verilmeyen çekincelerin etkileri hakkında karar vermek üzere AİHM'e bir tür yetki devrine rıza göstermeleri gerektiğidir. Zira böylesine ileri bir yaklaşım, tüm iyi niyetlerin ötesinde, AİHS sistemine sonradan katılanların hâlâ ihtiyaç duyduğu uyum için esnekliği ve alanı zayıflatma riski barındırmaktadır."[43] AİHS sistemine sonradan katılıma ilişkin Francioni'nin endişesi kanımızca artık aşılmıştır. Ancak AİHM'in KKTC özelindeki sergilediği tutum, insan haklarının uluslararası siyasi manipülasyonlara kapı aralaması bakımından da eleştiriye açıktır.

C. Ara Sonuç

Yukarıda ifade edilen hususları şu şekilde toparlamak mümkündür: Avrupa kamu düzenine yeknesak bir bakış açısı kazandırılması bakımından AİHM, Avrupa Konseyi üye devletler için *gölge anayasa mahkemesi* olarak nitelendirilse de[44] biz bu görüşe temkinli yaklaşmaktayız. AİHS sistemi, her ne kadar *sui generis* özellikler barındırmasına veya geleneksel uluslararası hukuk anlayışında ciddi etkiler yaratmasına rağmen; öngörülen sistem, uluslararası hukukun genel dokusunda vücut bulmaktadır.[45] Dolayısıyla AİHS sistemi uluslararası hukukun merkezinde yer aldığından, uluslararası teamül hukuku da AİHS sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Teamül Hukuku Arasındaki Bağlantı

AİHS'te olduğu gibi insan haklarına ilişkin pek çok uluslararası andlaşma, uluslararası teamül hukuk kurallarının bir kısmını içerisinde

---

43 Francioni, (1999), s. 24-25.

44 Ayşe Füsun Arsava, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD,* 9, 35, 2018, s. 36.

45 Gözler, (2018), s. 480-482; Kırdım ve Demirkol, (2021), s. 398.

barındırmaktadır.[46] Başka bir anlatımla yazılı halde bulunmayan bazı teamül kurallarının yazılı bir şekilde kodifiye edilmesi, uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerinde sıkça görülen bir olgudur. Aynı şekilde yazılı halde bulunan Bildiri, Tavsiye, Genel Yorum, Sözleşme gibi uluslararası insan hakları hukuku düzenlemeleri de uluslararası teamül kurallarının oluşmasına ve gelişmesine zemin hazırlamaktadır.

Uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin düzenlemelerin (özellikle AİHS) uluslararası hukukun geleneksel dokusunda yarattığı etkiyi göz ardı etmek mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunun anlaşılması ve yorumlanmasında uluslararası hukukun ilke ve kuralları, belirleyici rol oynamaktadır. Bu anlamda AİHS'in uluslararası hukukun kural ve ilkelerine atıf içeren birçok hüküm barındırdığı vurgulanmalıdır. Nitekim AİHM yargılama sisteminde, devletin AİHS kapsamındaki yükümlülükleri yorumlamak veya tanımlamak için uluslararası hukuka çokça gönderme yapılmaktadır.

AİHS'de uluslararası hukuka atıf yapılan maddeler şu şekilde toparlanabilir: Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen AİHS 7.maddesine göre; *1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.* BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)[47] insan haklarına ilişkin pek çok belgede de aynı hükümler ele alınmaktadır.

---

46 Olivier, (2002), s. 306.

47 Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, 41. madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkin 41. madde ise, 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003 /5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Bkz. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2, E.T. 20.06.2022.

AİHS 7.madde, Avrupa insan hakları sistemini uluslararası ceza hukuku sistemiyle uyumlu hale getirmenin bir işaretidir. Şöyle ki bu maddede anılan ulusal ve uluslararası *hukuk* ifadesi, AİHS'nin diğer maddelerinde yer alan *hukuk* ifadesine denk düşmektedir. Dolayısıyla bu ifade erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi unsurları barındırmak zorundadır. AİHM, bu ifadedeki *hukuk* kavramını ***şekli*** anlamıyla değil *maddi* anlamıyla yorumlamaktadır. Bu çerçevede, anılan kavramın içine yasa altı düzenleyici işlemler dahil yazılı olmayan hukuk kuralları da girebilmektedir.[48] Örneğin Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya davasında AİHM şunu hatırlatmıştır: *Sözleşme'nin 7/1 maddesindeki hukuk sözcüğü yazılı olmayan hukuku da içerdiğinden, Mahkeme davanın esasına girmeden önce, söz konusu tarihlerde yazılı hukuk kurullarının üzerine çıkarılan Demokratik Almanya devletinin uygulamasını da analiz etmelidir*.[49]

Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma konusunu düzenleyen AİHS 15/1.maddesine göre; *Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir*. Bu maddede uluslararası hukuk ifadesi ile yapılan gönderme ile ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Uluslararası hukuk ifadesi ile anlaşılması gereken; öncelikle bir devletin taraf olduğu bölgesel ve uluslararası nitelikli andlaşmalardır. Ayrıca bu terimin kapsamına uluslararası teamül hukuku da girmektedir.[50] Bu hükümde öngörülen uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerden kasıt aynı zamanda, kaynak itibariyle uluslararası insancıl hukukun kaynakları, özellikle de 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde[51] düzenlenen ortak 3.maddeye denk düşmektedir.[52] Öte yandan bugün artık ulusla-

48 Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt, Legal Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 658.

49 Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya, Başvuru No: 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22 Mart 2001, para.67.

50 Mehmet Semih Gemalmaz, Olağanüstü Rejim Standartları (Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda), BDS Yayınları, İstanbul, 1991, s. 38.

51 Bkz. https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf, E.T. 21.06.2022.

52 Francioni, (1999), s. 16; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin 3.maddesinde yer alan ortak hükümde belirtilen hususlar için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.63; AİHM'in ortak 3.maddeye ilişkin atıfta bulunduğu bir karar için bkz. Benzer ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No:

rarası insan hakları hukuku kapsamına giren ve uluslararası andlaşma haline gelmemiş diğer düzenlemeler de değerlendirilmektedir. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, İHEB bunlara **örnektir.** Adı geçen düzenlemelerde yer alan ve tüm haklar için olmasa da işkence yasağı ve kölelik yasağı gibi belirli hakların *jus cogens* statüsü kazandığı kabul edilmektedir.[53]

Kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen AİHS 35/1.maddesine göre de *Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.*[54] Hükmü yer almaktadır. Sözü edilen maddeye ilişkin hususlar aşağıdaki başlıkta ayrıca incelenmiştir.

Mülkiyet hakkının düzenlendiği AİHS Ek 1 No'lu Protokolün 1.maddesinin ilk paragrafı ise şu şekilde kaleme alınmıştır: *Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*. Mülkiyet hakkına ilişkin uluslararası hukukun genel ilkeleri hükmünün uygulaması da burada önemli bir tartışma konusudur.[55]

Netice itibariyle AİHS'te uluslararası hukuka ilişkin yapılan pek çok atıf şunu göstermektedir ki: AİHS'te belirlenen yükümlülüklerin kapsamı, içeriği ve AİHS yargılama sisteminin doğası, uluslararası hukukun kapsamı dahilinde değerlendirilmektedir. Bu çalışma bakımından ise uluslararası teamül hukukunun AİHM yargılama hukukundaki rolü iki şekilde incelenmiştir: Birincisi AİHM içtihadında çeşitli davalar örneğinde uluslararası teamül hukuku kurallarına referans

---

23502/06, 12 Kasım 2013, para. 89.

53 Gemalmaz, (1991), s. 38-39.

54 AİHS Ek 15 No'lu Protokol'ün 1 Ağustos 2021 itibariyle yürürlüğe girmesiyle başvuru süresi altı aydan dört aya indirilmiştir. Bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/ /conventions/treaty/country/TUR?module=treaty-detail&treatynum=213, (Çevrimiçi, e.t.:11 Eylül 2021.)

55 Uluslararası hukukun genel ilkeleri klozunun yabancılar için mi yoksa ilgili devletin kendi vatandaşları için mi uygulanabilir olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, İstanbul, 2008, s. 483-485.

yapılıp yapılmadığı ve bu tür referansların nedenleri ele alınmıştır; ikincisi ise AİHM'in uluslararası teamül hukuku kurallarına yaklaşımında usul yönünden etkisi değerlendirilmiştir.

A. Usul Hukuku Bakımından Değerlendirme

1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğünü Düzenleyen AİHS 1. Maddesine İlişkin İçtihatlar

İnsan haklarına saygı yükümlülüğünü düzenleyen AİHS 1.maddesi şu şekildedir: *Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*. Bu hükümde yer verilen *yetki alanları* ve *herkes* kavramları yakından incelenmelidir. AİHS 1.maddesi kapsamında taraf devletler eylemleri veya ihmalleri nedeniyle ister ulusal hukukun bir sonucu olsun, ister andlaşma veya teamül hukukunun öngördüğü uluslararası bir yükümlülüğe uymanın bir sonucu olsun, sorumludur.[56]

Yetki alanları bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya davasında AİHM, iddia edilen ihlalin İtalyan bayrağını taşıyan askeri gemilerde meydana gelmesi durumunda AİHS'in uygulanmasını kabul etmiştir.[57] Mahkeme, İtalya'nın olayları açık denizlerde yürütülen kurtarma operasyonları olarak tanımlayarak AİHS kapsamında yargı yetkisinden kaçamayacağını vurgulamıştır.[58] Bu durum aslında devletlerin kendi bayraklarını taşıyan gemiler ve uçaklar üzerinde yargı yetkisine sahip oldukları genel kuralının uygulanmasından başka bir şey değildir. Zira uluslararası hukuka göre, açık denizlerde seyreden gemiler, bayrak devletinin *münhasır* yargı yetkisine tabidir.[59] Uluslararası teamül hukuku hem gemilerde hem de uçaklarda bu tür taşıtlarda evrensel yargı yetkisinin kullanılmasının geçerliliğini kabul etmektedir.[60] Dolayısıyla bahsi

---

56 Al-Saadoon and Mufdhi v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 61498/08, 4 Ekim 2010, para. 128.

57 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 76-78.

58 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 79.

59 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 77.

60 Banković ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 73.

geçen hususlar temelinde; bir devlet tarafından ülke dışında yargı yetkisinin kullanımı, uluslararası teamül hukuku tarafından kabul edilmektedir.[61]

Yerleşik uluslararası hukuk kurallarından farklı olarak, AİHS sisteminde devletin sorumluluğuna ilişkin davalı devletin ulusal hukuku dahilinde uygulanabilir bir tazminat hakkı sağlayan bazı özel hükümler söz konusudur. Örneğin, AİHS 5/5.maddesine göre; *Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir*. Bir diğer örnek ise, AİHS Ek 7 No'lu Protokol 3.maddesi; *Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir*.

Bahsi geçen hükümlerin uluslararası teamül hukukunda tam bir eşdeğerini bulmak zordur.[62] Zira devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası teamül hukukunda bireye, zarar görmesinden sorumlu devletlere karşı icra edilebilir bir dava hakkı verilmesini sağlamamaktadır. Aksine dava, yabancı bir formda açılmışsa; devlet ulusal hukuka veya uluslararası hukuka göre bağışık kalabilir.[63] Bu bağlamıyla uluslararası teamül hukukunun değişip değişmemesi hususu ayrı bir tartışma konusudur.

2. AİHM'in Yargılama Yetkisi: AİHS 32. Maddenin Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü 38/1-b Maddesiyle İlişkisi

AİHM'in yargılama yetkisini düzenleyen AİHS 32. maddesi; *1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar. 2. Mahkeme'nin yetkili olup ol-*

61 Banković ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 73.
62 Francioni, (1999), s. 19.
63 Francioni, (1999), s. 19.

madığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir. Şeklinde hükme bağlanmıştır. Hüküm incelendiğinde, AİHM'in yargı yetkisinin AİHS ve Ek Protokolleri ile sınırlı olduğu ifade edilse de uluslararası teamül hukuku kurallarının da AİHM yargılama hukukunda belirli bir ağırlığa sahip olduğu burada vurgulanmalıdır. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere uluslararası bir yargı organı olan AİHM'in işleyişi, uluslararası hukuk epistemolojisi üzerine kurgulanmıştır. Uluslararası hukukun kaynakları ise Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü[64] 38/1.maddesinde yer verildiği üzere; uluslararası andlaşmalar, uluslararası teamül hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri olarak sıralanmıştır. Bu kaynaklar, uluslararası hukukun *geleneksel* kaynakları olarak kabul edilmektedir.[65] Ayrıca Statü'nün aynı maddesinde uluslararası hukukun iki yardımcı kaynağından, içtihat hukuku ve bilimsel çalışmalardan bahsedilmektedir. AİHM, AİHS'i yorumlarken bu tür materyallerden bol miktarda yararlanmaktadır. Ayrıca AİHM, UAD kararlarını uluslararası teamül hukukunun içeriğine ilişkin olarak UAD'nin yetkili olduğunu kabul etmektedir.[66]

Sözü edilen kaynaklar dahilinde AİHS hükümlerinin kapsamını yorumlamak amacıyla bağlamsal düzeyde uluslararası teamül hukuku kurallarının ciddi anlamda yol gösterici bir kaynak olduğu söylenebilir. AİHM içtihatlarında UAD Statüsü'nün 38. maddesinde listelenen kaynaklara yapılan atıflar nadirdir. Ancak uluslararası teamül hukuku kuralları ve AİHS arasında yakın bir ilişki olduğu belirtilmelidir; zira andlaşmalar genellikle uluslararası veya bölgesel düzeyde uluslararası teamül hukuku kurallarının varlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken kanıtlar sağlamaktadır. Buna göre, *uluslararası teamül kuralının, en azından orijinal şekli ve amacı bakımından Sözleşme hükmünden farklı olduğu ortaya çıktığında, bu kural gerçekten Sözleşme hükmünün sonraki okuyuş ve yorumunu etkileyebilir*.[67]

64 Statute of the International Court of Justice, *The International Law Quarterly*, 1, 1, 1947, s. 117-131.
65 Olivier, (2002), s. 289
66 Jonas ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 34356/06 ve 40528/06, 14 Ocak 2014, para. 198.
67 Lalmahomed v. Hollonda, Başvuru No: 26036/08, 22 Şubat 2011, Yargıç Ziemele'nin Ayrık Görüşü.

AİHM, AİHS'i soyut bir şekilde değil, önüne gelen somut davalar[68] temelinde yorumlamaktadır.[69] Ancak, bir dava usulüne uygun olarak AİHM önüne geldiğinde; Mahkeme tam anlamıyla yargısal bir yetkiye sahiptir. Bu nedenle Mahkeme, davanın değerlendirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek tüm olgu ve hukuksal sorunları da göz önünde tutmaktadır.[70] Aslında AİHS 32. maddenin varlığı, UAD Statüsü 38. maddesine benzer şekilde, uygulanabilir hukuku düzenleyen daha ayrıntılı bir hükmün dâhil edilmesi etrafında çok önemli bir tartışmanın sonucudur. AİHM'in bu kapsamda şu değerlendirmesi dikkat çekmektedir: *32/1.maddenin hükümleri uyarınca, yargı yetkisi, diğerlerinin yanı sıra, AİHS 34. madde uyarınca yapılan bireysel bir başvuru yoluyla kendisine atıfta bulunulan AİHS ve Ek Protokollerin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsamaktadır. Yerleşik içtihadına uygun olarak, AİHM'in yorumlama yetkisi AİHS ve Ek Protokollerin metniyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda Sözleşmeye taraf bir devletin bunlarla ilgili olarak yapılan çekincelerin ve diğer tek taraflı beyanların yorumlanmasını da kapsamaktadır.*[71]

AİHM, AİHS'i VAHS'ta yer alan andlaşmaların yorumlanması kuralına uygun olarak yorumladığını her zaman beyan etmiştir. AİHS'te kullanılan terimlerin ve ifadelerin anlamlarını belirlemek için AİHM, esas olarak VAHS 31-33. maddelerini referans almaktadır. Öyle ki Stoll v. İsviçre kararında Mahkeme, VAHS 33. maddenin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını teyit etmiştir.[72] Örneğin Demir ve Baykara v. Türkiye davasında da AİHM, VAHS 31/3-c dahilindeki *diğer kurallar* ve *taraflar arasında uygulanabilir* anlayışını ayrıntılı olarak açıklama fırsatı bulmuştur; "*Aksine AİHM, taraf devletler arasındaki ilişkilerde geçerli olan uluslararası hukukun ilgili kural ve ilkelerini de dikkate almalıdır*."[73] AİHM devamla, uluslararası hukuka açık ve bütünleştirici bir yaklaşımın beyanı olarak görülebilecek hususu açıklamaya devam etmiştir:

---

68 2018'de yürürlüğe giren Ek 16. Protokol, taraf devletlerin belirleyeceği yüksek mahkemelerin AİHM'den istişari görüş talep edebilmelerini düzenlemektedir. AİHM'in istişari görüş verme yetkisini düzenleyen Ek 16. Protokol ile birlikte bu iddianın farklılaşabileceği tartışmaya açıktır.

69 Lawless v. İrlanda, Başvuru No:332/57, 14 Kasım 1960, s. 8.

70 De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66; 18 Haziran 1971, para. 49.

71 Shamayev ve Diğerleri v. Gürcistan ve Rusya, Başvuru No:36378/02, 12 Ekim 2005, para. 293.

72 Stoll v. İsviçre, Başvuru No:69698/01, 10 Aralık 2007, para. 59.

73 Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 67.

Avrupa Devletlerinin ortak uluslararası veya iç hukuk standartları, daha geleneksel yorumlama araçlarının yeterli bir kesinlikle oluşturmasını sağlayamadığı bir Sözleşme hükmünün kapsamını netleştirmesi istendiğinde, Mahkeme'nin göz ardı edemeyeceği bir gerçeği yansıtmaktadır. Mahkeme, bu bağlamda, uluslararası hukuk normları arasında ortak bir zemin ararken, hukuk kaynakları arasında, bunların davalı devlet tarafından imzalanıp imzalanmadıklarına veya onaylanmadıklarına göre hiçbir zaman ayrım yapmadığını gözlemler.[74]

Aynı davada AİHM değerlendirmesini şu şekilde sonuçlandırmıştır: *Sözleşme metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlarken AİHM, Sözleşme dışındaki uluslararası hukuk unsurlarını, bu tür unsurların yetkili organlar tarafından yorumlanmasını ve Avrupa Devletlerinin ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate alabilir ve almalıdır. Özel konulu uluslararası enstrümanlardan ve Sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarından ortaya çıkan konsensüs, belirli davalarda Sözleşme hükümlerini yorumlarken Mahkeme için ilgili bir değerlendirme oluşturabilir.* Devamla; *ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde sürekli bir evrimi ifade etmesi ve şunu göstermesi Mahkeme için yeterli olacaktır: kesin bir alanda, modem toplumlarda ortak bir zemin vardır.*[75]

Netice itibariyle AİHM yargılama hukukunun çerçevesi, AİHS'in bir insan hakları düzenlemesi olarak özel karakteri ve Sözleşmenin yaşayan bir belge olmasıyla daha net görülebilmektedir. Nitekim Mahkeme, AİHS hükümlerinin günümüz koşulları ışığında, gelişen ulusal ve uluslararası hukuk normlarının dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ve özellikle AİHS'in yaşayan doğasını pek çok kararında hatırlatmaktadır.[76] İşte bu noktada ulusal ve uluslararası hukuk normlarının aynı zeminde kesiştirilmesi oldukça önemlidir.

Normlar arasında ortak bir zemin ararken AİHM içtihat hukukunda, bir devletin uluslararası bir sözleşmeyi onaylayıp onaylamadığına bağlı olarak hukuk kaynakları arasında ayrım yapıp yapmadığına dair bir ifadeyi takip etmek kolay değildir. Esasen AİHM'in vurgulamak istediği; bir devlet, belirli bir andlaşmayı onaylamamış olsa bile, ulus-

74 Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 76-78.
75 Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 85.
76 Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 68.

lararası hukukun hiçbir şekilde o devlete yükümlülük sağlamadığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bu durum uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük hakkında bizi düşünmeye sevk edecektir.[77] Nitekim AİHM, Cudak v. Litvanya davasında çok açık bir şekilde şu ifadelere yer vermiştir: *Uluslararası hukuk komisyonun 1991 Taslak maddelerinin 11. maddesinin*[78] *uluslararası teamül hukuku kapsamında davalı devlet için geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme, AİHS 6/1. maddesi anlamında mahkemeye erişim hakkına saygı gösterilip gösterilmediğini incelerken bunu dikkate almalıdır*.[79]

Ancak Ziemele'e göre AİHM, bağlayıcı bir andlaşma hükmünün yokluğunda analizini daraltmak ve bir uluslararası teamül normu arayışıyla sınırlamaya istekli değildir. Mahkeme gerçekte, henüz bir kural haline gelmemiş bir eğilim hakkında hüküm vermek için çeşitli uluslararası hukuk kaynaklarının yardımcı olabilmesi için bazı yaratıcı düşünce ve hükümler için kendisine bir alan bırakmaktadır. Neticede Demir ve Baykara v. Türkiye davasının en önemli vurgulardan biri AİHM'in uluslararası hukuku *dikkate alabileceğini ve alması gerektiğini* kabul etmesidir.[80]

3. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesinin (AİHS 35/1. Madde) Uluslararası Teamül Hukuku Bakımından İncelenmesi

Kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen AİHS 35/1.maddesine göre; *Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.* Bu maddede belirtilen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, AİHM nezdinde bir şikâyetin kabul edilebilirliğinin bir koşulu olarak ele alınmaktadır. Bu durum, uluslararası hukukun genel kabul görmüş bir kuralıdır.

Bu noktada bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Örneğin iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin kural, AİHM'e basit bir şekilde aktarılan

---

77 Ziemele Ineta "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights-The Method", *Law and Practice of International Courts and Tribunals,* Vol. 12, No.2, July 2013, s. 246.

78 UHK'nın Devletlerin Yargı Bağışıkları ve Mülkiyetlerine İlişkin Taslak Maddeleri için bkz. ILC Yearbook, Vol.II, Part 2, 1991, s. 44, para. 14.

79 Cudak v. Litvanya, Başvuru No:15869/02, 23 Mart 2010, para. 67.

80 Ziemele, (2013), s. 246.

bir kural mıdır? Eğer öyleyse bu kural, UAD'de iddiaların kabul edilebilirliği için geçerli olduğu gibi, AİHS'in kabul edilebilirliği için de aynı şekilde bir geçerlilik yaratmakta mıdır? Yoksa AİHS'in hazırlanmasında sadece bir kıyas mı uygulanmıştır? Ya da oldukça farklı mı uygulama mı benimsenmiştir?

Uluslararası hukuk, yüzyıllar boyunca gelişmiştir ve iki *siyasal iktidar* doğrudan çatıştığında ve bir *siyasal iktidar* ile başka bir *siyasal iktidarın* tebaası çatıştığında farklı kurallar uygulanmıştır.[81] İlk durumda, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD)'ın Fas'taki Fosfatlar Davasında belirttiği gibi, bir fiil devlete atfedilebilir ve başka bir devletin andlaşma yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilirse, iki siyasi iktidar arasında olduğu gibi uluslararası sorumluluk da derhal tesis edilecektir.[82] İkinci durum ise şu şekilde belirtilebilir: Uluslararası hukuk, uygulanmaya başlamadan önce izlenmesi gereken çok daha karmaşık bir dizi prosedürü zorunlu kılmıştır. Bu prosedürler dizisi ulusal hukuk yollarının tüketilmesi olarak ifade edilmektedir.[83]

1924'te de USAD, Mavrommatis kararında şunu belirtmiştir: *Bir devlet, başka bir devlet tarafından işlenen uluslararası hukuka aykırı eylemlerden zarar gördüğünde; olağan kurallar yoluyla tatmin sağlayamadığı tebaasını koruma hakkına sahip olması, uluslararası hukukun temel bir ilkesidir*.[84] Interhandel kararında da UAD, ulusal hukuk yollarının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu açıkça belirtmiştir. Buna göre; *Uluslararası hukuk süreci başlatılmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır; kural genel olarak, bir devletin uluslararası hukuku ihlal ederek haklarının göz ardı edildiği iddia edilen vatandaşının davasını benimsediği durumlarda gözlenmektedir*.[85]

---

81 Tamas Kende "Distant Cousins: The Exhaustion of Local Remedies in Customary International Law and in the European Human Rights Contexts", *ELTE Law Journal,* 2, 2020, s. 127.

82 Permanent Court of International Justice, Series A./B., Judgements, Orders And Advisory Opinions Phosphates in Morocco (Preliminary Objections), Judgment of June 14 th, 1938, s. 28.

83 Kende, (2020), s. 128.

84 Permanent Court of International Justice, The Mavrommatis Palestine Concessions Greeve v. Britain, 30 Ağustos 1924, para. 21.

85 ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 Aralık 2005, Yargıç Simma'nın Ayrık Görüşü, para. 36.

Ulusal hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, yüzyıllar boyunca çatışan en az iki çıkar arasında elde edilen bir uzlaşmayı yansıtmaktadır: İddia edilen ihlalin gerçekleştiği devletin ve ilgili bireyin çıkarları.[86] Ev sahibi devletin sorumluluğunu yerine getirmek ve işlenen yanlışı tazmin etmek için iddianın içerdiği hukuk ve olgu meselelerinin kendi yargısı tarafından ele alınması menfaatinedir.[87]

2001'den itibaren devletlerin sorumluluğuna ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) taslak maddeleri ulusal hukuk yollarının tüketilmesini, bir kabul edilebilirlik (prosedür filtresi) meselesi olarak ele alıyor görünmektedir ve 44. maddede şunu belirtmektedir: *Bir devletin sorumluluğu şu durumlarda ileri sürülemez: ... (b) iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının geçerli olduğu ve mevcut ve etkili herhangi bir iç hukuk yolunun tüketilmemiş olduğu iddia.*[88] UHK tarafından iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, geçerli olduğu herhangi bir davayı kapsayacak şekilde ve diplomatik korumayla sınırlı olmayan alanlarda genel terimlerle formüle edilmiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasından itibaren devletler, iç hukuk yollarının tüketilmesi uygulamasını yurtdışındaki vatandaşların diplomatik korumasından insan haklarının korunmasına kadar genişletmiş görünmektedir. MSHS ve İhtiyari Protokolü, AİHS 35.madde ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tümü bunu sağlamakta ve sözü edilen kural bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak nitelendirilmektedir.[89] Anılan hükümler yabancılara karşı muamele alanında var olan kuralın artık insan haklarının korunmasında da uygulandığını göstermektedir. Ancak uluslararası insan hakları hukukunda iç hukuk yollarının tüketilmesi, klasik anlamda diplomatik koruma düzeninden temel olarak farklıdır. Klasik anlamda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, yurt dışında bir zarara maruz kalan kendi vatandaşına sağlanan diplomatik koruma için bir ön koşuldur. Bu nedenle, anılan durumda

86 Kende, (2020), s. 129.
87 ICJ, Pleadings, Oral Arguments, Documants, Interhandel Case (Switzerland v. United States of America), 21 Mart 1959, s.27. Böyle bir durumda uluslararası bir mahkemeye başvurulabilmesi için, ihlalin meydana geldiği devletin, kendi iç hukuk sistemi çerçevesinde, kendi imkanlarıyla tazmin etme imkânına sahip olması gerekli görülmüştür.
88 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, United Nations, 2008, s. 120.
89 Kende, (2020), s. 133.

öncelikle bir devlet ve bir yabancının uyruk devleti ile yabancı ev sahibi devlet arasında hukuki bir çatışmaya dönüşmesidir. Diplomatik koruma, yabancı uyruklu bir kişi ile ev sahibi devlet arasındaki anlaşmazlığı uluslararası hukuk alanına taşımaya hizmet eden bir araçtır.[90] Uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ise birey büyük olasılıkla ülkesini hiç terk etmemiştir ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra bile çatışma, tek bir devlet ile *çoğu durumda kendi vatandaşı olan* bir birey arasında bir çatışma olarak kalmaya devam etmektedir.[91]

Toparlayacak olursak, klasik bağlamda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı diplomatik korumanın sağlanması için bir koşul iken, uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ise iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, uluslararası formlara erişim izni verilmesi için bir *ön koşuldur*.[92] Ayrıca amaçsal farklılıklar da bulunmaktadır. Uluslararası hukukta iç hukuk yollarının tüketilmesinin birincil nedeni ev sahibi devletin egemenliğinin korunmasıdır. Bunun yanı sıra, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalara iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının dahil edilmesinin başka nedenleri de bulunmaktadır. Öyle ki MSHS[93] ve AİHS'in hazırlık çalışmaları[94] iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının aşağıdakilerden kaçınmak için tartışıldığını göstermektedir: Birincisi, ulusal mahkemelerin yerini uluslararası mahkemelerin alması; ikincisi, uluslararası mahkemelere şikayetlerle aşırı yüklenmesi ve nihayetinde taraf devletlerin egemenliğinin korunması. Ayrıca Burden v. Birleşik Krallık kararında AİHM, sayılan hususlar dışında ilave bir neden daha ortaya koymuştur. Buna göre; ülke içindeki dinamiklerle doğrudan ve sürekli temas halinde olduğu için ulusal mahkemelerin görüşlerinden faydalanmak gereklidir.[95]

AİHS sistemi gibi insan hakları koruma sistemlerinin amacı, hak ihlallerine karşı bireyleri etkin bir şekilde korumaktır. Bu nedenle AİHS

90 Kende, (2020), s. 133-134.
91 Kıbrıs v. Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10 Mayıs 2001, para. 82-102.
92 Kende, (2020), s. 134.
93 Bkz. Sarah Joseph and Melissa Castan, The International Covenant On Civil And Political Rights Cases, Materials, and Commentary, Oxford University Press, United States of America, 2013, s. 121-149.
94 https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART26+27-CDH(70)30-BIL3774370.pdf, (Çevrimiçi, E.T. 02. 09. 2021). "Ulusal mahkemelerin yetkisi, AİHM'in kurulmasıyla hiçbir şekilde zedelenmemeli veya zayıflatılmamalıdır..."
95 Burden v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 13378/05, 29 Nisan 2008, para. 42.

sistemi ulusal ve uluslararası formlar arasında belirli bir düzeyde yük paylaşımına dayalı olarak etkili koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Bu külfet paylaşımı genel olarak uluslararası hukukun bir gereği olarak, uluslararası mahkeme ve hakemlik müeseselerine dava açılmadan önce; ilgili devletin kendi hukuk sistemi aracılığıyla sorunları çözme fırsatına sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir.[96] Nitekim Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye davasında AİHM'in şu vurgusu dikkat çekmektedir: *... iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı... devlet aleyhine davalarını uluslararası bir yargı organına götürmek isteyenlerin önce ulusal hukuk sisteminin sağladığı hukuk yollarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır... Bu şekilde, Sözleşme tarafından kurulan koruma mekanizmasının, ulusal sistemlere göre ikincil bir niteliğe sahip olduğu vurgulanmaktadır.*[97]

AİHS Ek 15 No'lu Portokol ile AİHS başlangıç bölümüne iliştirilen *ikincilik ilkesi*, AİHS 35.maddenin ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin önemini vurgulamaktadır.

UHK raporuna göre, uluslararası hukuk kapsamında ve AİHM bağlamında iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı farklıdır; zira AİHM uygulaması, iç hukuk yollarından ne zaman vazgeçilebileceği konusunda daha esnek ve hoşgörülüdür.[98] UHK, AİHM testinin uluslararası teamül hukukunda uygulanan testten ne kadar daha esnek olduğunu şu şekilde açıklamaktadır: *Bir devletten kaynaklanan ve uluslararası teamül hukuku uyarınca uluslararası bir mahkemede (UAD gibi) sonuçlanan davaların sayısı, örneğin AİHM önündeki dava sayılarıyla hiçbir yerde karşılaştırılamaz. Uluslararası mahkemenin aşırı yüklenmesinin gerçek bir olasılık olmasının yanı sıra, bunun başka sonuçları da vardır: Örneğin, bir ülkede bir davada kanun yolunun olmaması, aynı mahkeme önünde benzer bir davada hukuk yolunun bulunmadığının kanıtı olabilir. Ülkelerden gelen büyük dava sayıları ve davaların insan haklarıyla işlevsel olarak sınırlandırılması, mahkemenin, taraf devletlerin her birindeki yargı mercilerinin her birinin işleyişini karmaşık bir şekilde bilmesini ve bu merciin belirli bir davada bir çözüm sağlayıp sağlayamayacağını bilmesini sağlar.*[99]

96 Kende, (2020), s. 135.
97 Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No:21893/93,16 Eylül1996, para. 65.
98 ILC, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).
99 Francioni, (1999), s.11-25.

B. Maddi Hukuk Bakımından Değerlendirme

Bir uluslararası teamül hukuku kuralı bir kez oluşturulduğunda genel bir uygulama haline dönüşmektedir. Bu süreçte hem *opinio juris*'in öznel unsuru hem de devlet uygulamasının maddi unsuru mevcut olmalıdır; ikinci olarak bu kural, genel bir tutarlılık derecesi ile kapsamlı bir uygulama haline gelmelidir.[100] Örneğin bazı yazarlar farklı görüşlere sahip olmasına rağmen, ölüm cezasına karşı uluslararası bir teamül yasağı söz konusu değildir. Devletler arasında ölüm cezasına ilişkin tutarsız bir uygulama söz konusu olduğundan; bu durum aynı zamanda bahsi geçen konuya ilişkin uluslararası bir konsensüs açığını da yansıtmaktadır.[101] Ölüm cezasına ilişkin devlet uygulamalarının yeknesak hale gelmesinden ziyade, parçalı bir görünüm sunması, bu tür bir yasağın kesin bir norm haline gelmesini baltalayan bir *opinio juris* eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bunun somut yansımalarını insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde görebilmek mümkündür. Nitekim, MSHS'nin 6 maddesi, hiç kimsenin *keyfi olarak hayatından yoksun bırakılamayacağını ve ölüm cezasını kaldırmamış ülkelerde* ölüm cezasının ancak *en ciddi suçlar* için verilebileceği şeklinde düzenlenmiştir. Aslında bu durum aynı zamanda, ölüm cezasına ilişkin uluslararası bir konsensüs olmasa da özellikle bu cezanın uygulanmasında katı bir orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerektiğini de yansıtmaktadır; zira ölüm cezasının istisnaları anılan düzenlemede, cinayet gibi en ciddi suçlar için öngörülmüştür.[102]

Diğer taraftan 11 Temmuz 1991'de yürürlüğe giren *Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokol*'ü MSHS'e imza koymuş devletle-

---

100 Thio Li-Ann, "It Is A Little Known Legal Fact': Originalism, Customary Human Rights Law And Constitutional Interpretation", *Singapore Journal of Legal Studies*,.2, 2010, s.566.

101 UN Commission on Human Rights Report on the death penalty (UN Commission on Human Rights, Question of the Death Penalty: Report ofthe Secretary-General submitted pursuant to Commission resolution 2002177, UN ESCOR, 59th Sess., UN Doc. E/CN.4/2003/106 (2003)); ölüm cezasının kaldırılması yönünde ortaya çıkan bir eğilim olarak kabul edilebilecek olan; bazılarına göre yeni bir opinio juris'in kanıtı olabilirken, diğerlerine göre, opinio juris'in yokluğunu ifade etmektedir. Bkz. J. Schwebel'in ayrık görüşü, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996, ICJ Rep., s. 226-319.

102 Dijk, P. Van and van Hoof, G.J.H. Theory and Practice of the European Convention, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, s. 303.

rin imzasına açıktır.[103] Bu Protokol aynı zamanda ölüm cezasının kaldırılması hususunda devletlerin bir konsensüs etrafında birleşmesine de hizmet etmektedir.

Ölüm cezası konusunda AİHS kapsamındaki coğrafi alanda, sıfır tolerans söz konusudur. Bu haliyle coğrafi alan itibariyle ölüm cezası bakımından dünyanın diğer bölgelerinin aksine bölgesel bir konsensüs söz konusudur. Bölgesel konsensüs olgusu, Avrupa Konsensüsü başlığı ile aşağıda ayrıca ele alınmıştır.[104] Burada vurgulanması gereken husus ise *ölüm cezası* gibi özel bir konuda AİHS yargılama hukukunun uluslararası teamül hukuku ile spesifik bir konuda birleştiğini görmektir.[105]

Nitekim AİHM, Soering v. Birleşik Krallık davası *ölüm bekleyişi olgusu*nu şu şekilde tanımlanmaktadır: *Ölüm bekleyişi olgusu, ölüm cezasının mahkûm edilme tarihinden başlayarak, bu cezanın infazına kadar geçen sürede mahkûmun içinde bulunduğu durumu ifade etmektedir.*[106] Soering v. Birleşik Krallık davası suçluların iadesi, uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan üçüncü bir devletin süreçlere müdahalesi gibi çeşitli ve farklı hukuksal problemleri içeren karmaşık bir davadır.[107] Bu davada görüş yazan yargıç De Meyer'e göre AİHS'e taraf bir devlet talep eden ülkede ölüm riski ile karşılaşılabilecek bir kimseyi geri gönderemez. Bu tür koşullar varken bir kimsesin iade edilmesi *Avrupa adalet standartları* ve *Avrupa kamu düzeni* ile çelişecektir.[108] Daha basit bir anlatımla AİHS'in kurduğu sisteme, genel olarak uluslararası insan hakları hukuku ile

---

103 Türkiye Cumhuriyeti adına 6 Nisan 2004 tarihinde New York'ta imzalanan ve 28.10.2005 tarihli ve 5415 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokol"ün onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 29/11/2005 tarihli ve AKGY/469426 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 12/12/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır.
Bkz. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051227-3.htm, E.T. 21.06.2022.

104 Bkz. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Hukukunda Bir Yorum Yöntemi Olarak Kullanılan "Avrupa Konsensüsü"nün Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Doğuşundaki Rolü".

105 Francioni, (1999), s. 21.

106 Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s. 98.

107 Soering v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 7 Temmuz 1989.

108 Soering v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 7 Temmuz 1989, Yargıç De Mayer'in Görüşü.

belirginleşen çağdaş anlayışa ve özelde Avrupa kamu düzeni ile adalete aykırı olan/olması gereken husus, bizzat ölüm cezasının kendisidir. Dolayısıyla ölüm bekleyişi olgusunun *insanlık dışı ve aşağılayıcı* niteliğe sahip olması, bunun somut bir yansımasıdır.[109]

Aslında uluslararası teamül hukuku kurallarının doğuşu, mümkün olduğu kadar çok devletin o konuya ilişkin uygulamasının ortak zeminde buluşturulmasıdır.[110] Bu tür bir uygulamayı tutarlı bir şekilde sınıflandırmak zahmetlidir; üstelik hiçbir ulusal veya uluslararası mahkeme, bir şeyin teamül kuralı olup olmadığını ilan etmeden önce bu kadar detaylı bir inceleme içine girmeyecektir.[111] Bu nedenle uluslararası mahkemeler ve hakemlik müeseseleri tarafından benimsenen yöntem, devlete atfedilebilen ve devlet tarafından reddedilmeyen kaynaklara referans göstermektir. Uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesi için kullanılan diğer kaynaklar ise devlet uygulaması olmasa da ikna edici bir kanıt olarak ilgili uluslararası mahkemeler ve hakemlik müesseselerinin kararlarıdır. Ancak, bu yapıların kararları ile devlet uygulamaları arasındaki herhangi bir çatışmanın değerlendirilmesinde devlet uygulaması galip gelmektedir.[112]

Netice itibariyle uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesi, yeknesak ve yaygın devlet uygulamaları temelinde hangi davranışların yasak, gerekli veya özel olarak izin verildiğine dair tamamen tümevarımsal bir süreçtir. Dünyada 200'e yakın devlet olduğu düşünüldüğünde, her bir devletten her konuda uygulama ve hukuki görüş toplamak imkansızdır.[113] Bu nedenle, bir uygulamanın neredeyse yeknesak olup olmadığına karar verilirken, farklı devletlerin, bazıları bir şeyi yaparken veya başka bir şeyi iddia ederken, önemli ölçüde farklı davranışlarda bulunmamış olması gerektiğine güvenilmiştir. Üstelik UAD'nin belirttiği gibi *birkaç belirsizliğe veya çelişkiye çok fazla önem verilmesi gerekli değildir*.[114]

109 Gemalmaz, (1994), s. 110-111.
110 Uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerine mümkün olduğu kadar çok devletin dahil olması halinde; uluslararası teamül hukuku kurallarının bağlayıcı hale gelmesinin önünü açacağı hakkındaki görüş için bkz. Kırdım ve Demirkol, (2021), s. 406.
111 Louise Doswald Beck, "Developments in Cumstomary International Humanitarian Law", *Swiss Review of International and European Law*, 15, 3, 2005, s.473.
112 Beck, (2005), s. 474.
113 Beck, (2005), s. 475.
114 ICJ, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Reports of Judgment, 18 Decem-

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Hukukunda Bir Yorum Yöntemi Olarak Kullanılan "Avrupa Konsensüsü"nün Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Doğuşundaki Rolü

Avrupa Konsensüsü AİHM tarafından oluşturulan ve ahlaki/politik olarak hassas konuları içeren davaları karara bağlamak için kullanan bir yorumlama yöntemidir. Yöntem, insan hakları standartlarının ortaya çıkışı hakkında belirli bir konsensüsü yansıtan Avrupa devletlerinin uygulamalarındaki evrimin tanımlanması için bir araç olarak karşılaştırmalı analizden oluşmaktadır. AİHM, herhangi bir konuda konsensüs tespit ederse, kendi yargı yetkisi dahilindeki tüm devletleri bağlayan ortak bir Avrupa standartları oluşturmasına izin vermektedir. Bu durum, Avrupa konsensüsünü daha geniş kapsamlı evrensel ve dinamik yorumlamanın bir parçası yapmakta;[115] salt devlet merkezli norm üretiminin de törpülendiğine işaret etmektedir. Zaten aksi durumda AİHS'in modern toplumlar üzerinde sahip olduğu zorlayıcı gücü zarar görecektir. Netice itibariyle herhangi bir davada AİHM, Avrupa konsensüsüne atıfta bulunduğunda, bunun aslında bir teamül hukuk kuralı olup olmadığının anlaşılması için dikkatli bir inceleme yapılması gerekmektedir. Konsensüs yöntemi, ister teamül hukukunun gelişmesinde bir unsur olsun, isterse uluslararası mahkemeler ve hakemlik müeseseleri tarafından bir karar verme tekniği olarak değerlendirilsin, uluslararası hukukta her zaman belirleyici bir rol oynamaktadır.[116]

AİHM'in yorumlanmasına ilişkin ise Avrupa konsensüsü, (bölgesel düzeyde) bir teamül kuralının ortaya çıkmasında bir yöntem olarak görülebilir mi? Aslında Avrupa konsensüsü, özü itibariyle AİHS'te tanınan bir hakka ilişkin ortak eğilimlerin AİHS'e taraf devletler arasındaki varlığını araştırmak amacıyla devlet uygulamalarının karşılıklı analizinden meydana gelmektedir.

ber 1951, s. 131.

115 Vassilis P. Tzevelekos and Kanstantsin Dzehtsiarou, "International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation", *European Yearbook on Human Rights*, Vol.16, 2016, s. 1

116 Anatoly Kovler, Vladimira Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger ve Rpderick Liddell, "The role of consensus in the system of the European Convention on Human Rights", Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 25 Ocak 2008, s. 10.

Yukarıda da belirtildiği üzere AİHM, AİHS'in yorumlanmasında teamül kurallarının önemli olduğuna karar vermiştir. Örneğin Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya davasında Mahkeme, yargı yetkisi kavramına ilişkin AİHS 1. maddesine bağlamındaki yorumunu *uluslararası teamül hukuku ve andlaşma hükümlerine* dayandırdığını belirtmiştir.[117] Ziemele, AİHM'in en az iki durumda uluslararası teamül hukuku kurallarını kullandığına dikkat çekmektedir: İlk olarak AİHM, uluslararası hukuka tabi bir konuyu ele aldığında; ikincisi ise Avrupa konsensüsü oluşturmaya çalıştığında.[118]

Bazı yazarlara göre ise AİHM'in genel çizgisi netleştirilmeli ve uluslararası hukuk ile uyumlu hale getirilmelidir. Zira standartları belirleyen çok taraflı insan hakları andlaşmaları, uluslararası teamül hukukunun kurallarını ifade edebilir ve uluslararası teamül hukukunun oluşturulmasını hızlandırabilir.[119] Bu nedenle AİHM, uluslararası hukuk kaynaklarına bağlanabilecek daha belirgin bir yorum mekanizmasına ihtiyaç duymaktadır. Zira Avrupa konsensüsünün uluslararası hukukun kaynağı olan uluslararası teamül hukuku kuralları ile yakın bir ilişki içinde olduğunu söylemek mümkündür.[120]

Avrupa Konseyi coğrafyasında uyumun temeli, bağlayıcı olmayan normlar da dahil olmak üzere bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesine bağlıdır. Bir konuda Avrupa konsensüsü söz konusu ise bu durum, yaşayan bir belge olan AİHS'e uyumun konsensüs tarafından motive edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla burada önemli olan düzenleyici rejimde yerleşik olan belirli bir normun *sertliği* değil, o normun *etkililiği ve meşruiyeti* bakımından daha iyi bir uluslararası iş birliği metodolojisini elde etmektir.[121]

Bu zamana kadar AİHM, *soft law*'un özellikleri veya tartışmalı hukuk kaynaklarının kullanımı konusunda kesin bir yorumda bulunmamıştır. *Soft law*, bazı durumlarda uluslararası teamül hukukunu ifade

---

117 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 75.

118 Ziemele, (2013), s. 248.

119 Wildhaber Luzius/ Hjartarson Arnaldur/ Donnely, Stephen "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, Basel, Reykjavik, London, 2013, s. 254.

120 Kanstantsin Dzehtsiarou, European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015, s. 6.

121 Cynthia Crawford Lichtenstein, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, 35, 4, 2001, s. 1440.

edebilirken, bazı durumlarda ise sadece bu tür bir hukukun oluşumunun habercisi olabilir; ancak yine de hiçbir zaman bağlayıcı bir kural haline dönüşmeyebilir. *Soft law*'u çok kolay bir şekilde uluslararası teamül hukuk kuralı olarak görenler, paradoksal olarak uluslararası hukukun genel bağlayıcı karakterine olan inancı yumuşatma riskini taşırken, *soft law*'u zorunlu olarak bağlayıcı bir kuraldan daha düşük olarak görenler abartılı karamsarlardır. Bu tartışmalara ihtiyatlı yaklaşmak yerinde olacaktır. Zira bunlar ya sof law'un bağlayıcı normlara dönüştüğü iddialardır ya da uluslararası hukukun kaynaklarının değişime uğradığı anlamını taşımaktadır. İlk kategoriye göre, herhangi bir iddia, devletin gerçek taahhütlerini gerçekten temsil edip etmediğini başka bir deyişle uluslararası teamül hukuku teşkil edip etmediğini belirlemek için dikkatli bir analiz gerektirir. İkinci kategoride ise uluslararası sistemin yapısına devrim niteliğinde bir değişiklik iddiasıdır ve çok daha tartışmalıdır. İddia, uluslararası hukukta geçerlilik kriterlerinde bir değişiklik olduğu ve bunun kabulünün uluslararası hukuk kaynaklarının yeniden işlenmesini gerektireceği yönündedir.[122] AİHM'in, soft law ve Avrupa konsensüsün oluşumuna olası katkısı hakkında daha eleştirel ve belirleyici değerlendirmelerde bulunması gerektiğinin ise burada altı çizilmelidir.[123]

AİHM içtihatlarında Avrupa konsensüsüne başvurmak, uluslararası bir yargıcın (bölgesel) uluslararası teamül hukuku hakkında düşünmesini sağlayabilmektedir. Hatta Öktem'e göre AİHM'in kullandığı konsensüs kavramı, aslında bölgesel[124] bir *opinio juris* olarak nitelendirilmektedir.[125] Ancak burada dikkatli olmak gerekir; zira, bazı durumlarda AİHM'in Avrupa konsensüsü olarak değerlendirdiği şey, aslında Avrupa devletleri arasında kabul edilen bir normla örtüşebilir veya A., B. ve C. v. İrlanda davasında olduğu gibi sadece belirli bir bağlayıcı kural oluşturmayan benzer uygulamalara ilişkin bir atıf ni-

---

122 C.M. Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", The International and Comparative Law Ouarterly, 38, 4, 1989, s. 856.

123 Wildhaber/Hjartarson / Donnely, 2013, s. 256.

124 Bölge kavramı sadece coğrafi değil, ideolojik veya dini bir bütünlük olarak ele alınacak olursa, bölgesel kodifikasyon çalışmalarına, alternatif bir İslami insan hakları söylemi arayışıyla, Müslüman devletlerin veya örgütlerin katılımıyla gerçekleştirilen çeşitli İslam insan hakları bildirgeleri örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Öktem, (2013), s. 387-388.

125 Öktem, (2013), s. 387.

teliğinde olabilir.[126] Bu bakımdan Avrupa konsensüsü ile uluslararası teamül hukuku arasında bazı benzerlikler olmasına rağmen özdeş değillerdir. Zira Avrupa konsensüsü aracılığı ile ortaya koyulan normatif dönüşüm, AİHM tarafından bir teamül kuralı olarak değil, evrimsel bir yorum yöntemi olarak kabul edilmektedir.[127]

Ulaşılan sonuç, Avrupa konsensüsü ve teamül birbiriyle çok yakın bir ilişkin içinde olmasına rağmen ikisi arasında önemli farklılıklar bulunduğudur. Avrupa konsensüsü, teamül ile özdeş değildir. Ancak zaman içerisinde AİHM, (bölgesel) bir teamül kuralını Avrupa konsensüsü ile örtüşen bir yaklaşım olarak benimsemeye yönelirse durum farklılaşacaktır.[128] Elbette AİHM'in Avrupa konsensüsü temelinde uluslararası bir teamülün varlığını benimsemesi mümkündür. Ancak şu an itibariyle Avrupa konsensüsünün çıktılarını bir teamül kuralı olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Diğer taraftan Avrupa konsensüsü ile uluslararası teamül hukuku arasındaki benzerlikleri de göz ardı etmek mümkün değildir. Ancak Avrupa konsensüsünün bir teamül kuralı sayılabilmesi için, öncelikle *özerk bir şekilde ayakta durma kabiliyetine* sahip olması gerekmektedir. Başka bir deyişle AİHS'in yokluğunda, en azından bu andlaşmanın uygulanmak üzere tasarlandığı bölgede devletleri bağlamaya gücü yetebilmelidir.[129] Örneğin Avrupa Konseyi'nden kesin olarak çıkan (veya çıkarılan) bir devlet için, önceden Avrupa konsensüsü ile ortaya çıkmış olan bir kuralın o devlet bakımından bağlayıcı olup olmayacağı hususu tartışılması gereken önemli bir meseledir.

Ziemele'e **göre** Avrupa konsensüsü, (bölgesel) bir teamül oluşturmadan ziyade Avrupa'daki sosyal süreçlerin ve eğilimlerin AİHS sistemine dahil edilmesi işlevine sahiptir.[130] Zira Avrupa konsensüsü, bölgesel nitelikteki teamül kuralları ile eşdeğer bir özelliğe sahip olsaydı AİHS'e taraf olmayan Avrupa devletlerinin buna bağlı olması gerekecekti.[131] Kanımızca şu an itibariyle böylesine bir yaklaşım gerçekçi bir değerlendirme olmayacaktır.

---

126 Ziemele, (2013), s. 250-251.
127 Tzevelekos/Dzehtsiarou, (2016), s. 8.
128 Tzevelekos /Dzehtsiarou, (2016), s. 1.
129 Tzevelekos/Dzehtsiarou, (2016), s. 3
130 Ziemele, (2013), s. 251.
131 Örneğin, Belarus ve Kosova, Avrupa Konseyi üyesi veya AİHS'nin imzacısı değildir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin tüm üye devletleri Sözleşme'nin tüm Protokollerini onaylamamıştır.

Avrupa konsensüsü adından da anlaşıldığı üzere, Avrupa'nın ve daha spesifik olarak, 47 Avrupa devletinin (yani AİHS'i imzalayan tarafların) sınırlarıyla sınırlıdır. Bu nedenle, dikkatlerden kaçmaması gereken şey, *Avrupa konsensüsün yalnızca bölgesel geleneklerle paralellik kurmaya izin vermesidir*.[132] Bu durum, bölgesel ve uluslararası teamül kuralları arasında geçerli olabilecek farklılıklar sorusunu gündeme getirmektedir. Bölgesel teamül kuralı söz konusu olduğunda, onun kurucu unsurlarının uluslararası teamül kuralında olduğundan daha sağlam ve yoğun olması gerektiği savı ileri sürmek mümkündür. Zira bölgesel teamül, uluslararası teamülden daha çok devlet iradesine/rızasına dayanmaktadır.[133]

2. Jus Cogens Doktrini

Uluslararası hukuk bakımımdan iki tür kural arasında normatif bir farklılaşma gerektiren jus cogens (emredici norm) kavramı, uluslararası hukuk normları içinde, devletlerin herhangi bir andlaşma ile ihlal edemeyecekleri ya da aykırı bir kural öngöremeyecekleri bazı üstün normları ifade etmektedir. Bu normlar, uluslararası hukuk düzeninde güçlü bir normatif etkiye sahiptir.[134] VAHS 53.maddesi, akdedildiği anda jus cogens ile çelişen her andlaşmanın batıl olduğunu öngörmektedir. Aynı sözleşmenin 64.maddesi ise sonradan ortaya çıkan jus cogens normuna ilişkin durumu düzenlemektedir. Buna göre; sonradan ortaya çıkan bir jus cogens normu ile çatışan mevcut andlaşmalar batıl sayılacak ve bu andlaşmalar sona erecektir.[135]

UAD, işkence yasağını uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak nitelendirerek, bunun kesin bir norm (jus cogens) haline geldiğini vurgulamıştır. Buna göre; *Bu yasak, yaygın bir uluslararası uygulamaya ve devletlerin opinio jurislerine dayanmaktadır ve çok sayıda uluslararası belgede*

---

132 AİHM'in adı bu açıdan açıklayıcıdır. Ayrıca, bu insan hakları koruma sisteminin bölgesel kapsamı, Avrupa Konseyi Statüsü'nün önsözünde ve 4. maddesinde eşit derecede açıktır. Örneğin Malavi'nin AİHM'e taraf olmasına izin verilmemesinin nedeni budur. Tzevelekos /Dzehtsiarou, s. 4.

133 Tzevelekos /Dzehtsiarou, 2016, s. 4; Krş. Görüş için Bkz. Bozkurt vd., (2010), s. 88.

134 Mahmut Göçer, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulamasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 170-171.

135 Öktem, (2013), s. 333.

yer almaktadır. (Özellikle 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleri; 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi; Herkesin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Maruz Kalmaktan Korunmasına Dair 9 Aralık 1975 tarih ve 3452/30 sayılı Genel Kurul kararı) ve hemen hemen tüm devletlerin iç hukukuna girmiştir; son olarak, işkence eylemleri ulusal ve uluslararası forumlarda düzenli olarak kınanmaktadır.[136]

Uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun temel yapısını oluşturmaktadır ve teamül kuralına başından itibaren ısrarlı şekilde itiraz eden devletler hariç tüm devletler için bağlayıcıdır. Jus cogens statüsüne kavuşan uluslararası insan hakları hukuku normları ise uluslararası teamül hukuku normlarına göre daha dardır.[137] Uluslararası insan hakları hukukunun jus cogens doğasına ilişkin, otoriter normların bütün insan haklarını kapsadığı konusunda kuramsal bir görüş bulunmaktadır. Bütün insan haklarının jus cogens niteliğine sahip olmadığı; ancak insan onuru, yaşam hakkı, aile hakları ve bu en yüksek ilkelerden türeyen insan faaliyetlerinin özgürlüğünü koruyan temel kuralların, bu normlara ait olduğu genel olarak kabul görmektedir.[138]

Nihayetinde uluslararası insan hakları hukuku normları, uluslararası teamül hukuku kuralları olarak sıralanırsa; UAD'nin Barselona Traction kararında yaptığı açıklamaya göre, genel olarak, bu yükümlülüklerin erga omnes, *bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükler* gibi yükümlülükler olması gerektiği kabul edilmektedir.[139]

Sonuç

Uluslararası düzenlemelerin, uluslararası teamül hukukunun bazı kurallarını içerisinde barındırdığı açıktır. İnsan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemeler uluslararası hukukta önemli kırılmalar yaratmıştır. Nitekim uluslararası ve bölgesel koruma mekanizmaları-

---

136 Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belçika v. Senegal), ICJ Raporlar 2012, s. 422, para. 99.

137 Elena Tilovska-Kechedji, "International Law Influencing European Law in The Case of Human Rights", *Law Series of the Annals of the West University of Timisoara*, 1, 2017, s. 28.

138 Demet Şefika Mangır, *Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 166.

139 ICJ, Barselona Traction (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para. 8, 28 ve 33.

nın ortaya koyduğu pek çok kararda sözü edilen durumları görmek mümkündür. Bu kararlarda önemli ölçüde AİHS'e atıfta bulunulması, devletlerin konuya ilişkin uluslararası teamül hukuku kuralına ilişkin algısına kanıt niteliğindedir. Ancak AİHS hükümlerinin uluslararası teamül hukukuna pratik etkisi sınırlıdır. Zira AİHS'te garanti edilen haklar zaten ulusal boyutta korunmaktadır.

AİHM'in temel amacı, devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri söz konusu olduğunda, birbiriyle çatışan uluslararası yükümlülüklere girmemelerini sağlama sorumluluğunu belirtirken, uluslararası hukukun uygulanabilir farklı kurallarının uyumlu bir şekilde bir arada var olmasını sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle AİHM, AİHS'in uluslararası hukukun diğer kuralları üzerinde fiili bir önceliğe sahip olacağı yönünde bir pozisyon almamaktadır. Bu süreçte Avrupa devletlerinin insan haklarına ilişkin daha proaktif olmalarını, böylece normatif süreçlere dahil olması gerektiğinin de altını çizmektedir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin kapsamının çözümünde, yasama organın ağırlığı göz ardı edilemez. Diğer taraftan insan haklarının, uluslararası teamül hukukuna dayanmamakla birlikte, herhangi bir andlaşma ile oluşturulmayan, ancak uluslararası teamül hukuk kuralı oluşumunun katı gerekliliklerine de tabi olmayan, bir alana denk düştüğü de söylenebilir.

Bu çalışma temel olarak, kendisinden sonraki çalışmalar için bazı soruları gündeme getirmeyi amaç edinmiştir. Örneğin AİHS'in bazı bölümlerinin uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu göz önüne alındığında; insan haklarının korunmasının uluslararası ve bölgesel düzeydeki yükümlülükleri arasında bir çatışma olması durumunda, uluslararası ve bölgesel teamül hukuku arasındaki ilişki nasıl açıklanmalıdır? Teamül hukuku meselesi olarak, ağır ve büyük ölçekli insan hakları ihlallerinden kaynaklanan durum ile özellikle diğer devletlerin maruz kalabileceği tepkilerin çeşitliliği bakımından daha düşük yoğunluktan kaynaklanan hak ihlalleri arasında bir ayrım yapılması gerekir mi? Öte yandan Avrupa devletlerinin birleşmesiyle kurulan Avrupa Birliği'nin AİHS'e Birlik olarak katılması durumunda, üye devletlerde ortak olan; uluslararası teamül hukuku kuralları ve AİHS arasındaki ilişki nasıl açıklanacaktır? Elbette bu soruları çoğaltmak mümkündür; bu konuda daha fazla akademik çalışma ve hukuki analiz gereklidir.

Kaynakça

Kitaplar

Batum Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ.Ü. İletişim Fakültesi Basımevi ve Film Merkezi, Üniversite yayın No:3761, Fakülte yayın No:702, İstanbul, 1993.

Bederman David J., International Law in Antiquity, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Bozkurt Enver; Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin, Devletler Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Dijk P. Van and van Hoof, G.J.H., Theory and Practice of the European Convention, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998.

Doğru Osman ve Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt, Legal Yayıncılık, Ankara, 2012.

Dzehtsiarou Kanstantsin, European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015.

Gemalmaz Mehmet Semih, Olağanüstü Rejim Standartları (Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda), BDS Yayınları, İstanbul, 1991.

Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994.

Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, Legal Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2012.

Gemalmaz Haydar Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, (Danışman: Prof. Dr. Oktay Uygun), İstanbul, 2008.

Göçer Mahmut, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulamasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Gören Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İzmir, 1993.

Gözler Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

Gözübüyük A. Şeref; Gölcüklü, Feyyaz; Saygılı, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Tamamen Yenilenmiş 12. Bası, Ankara, 2019.

Joseph Sarah ve Castan, Melissa, The International Covenant On Civil And Political Rights Cases, Materials, and Commentary, Oxford University Press, United States of America, 2013.

Mangır Demet Şefika, Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2015.

Matscher F., "Methods of interpretation of the Convention", The European System for the Protection of Human Rights, Ronald St J. Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordecht, 1993.

Meray Seha L., Uluslararası Hukuk ve Örgütler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:399, Ankara,1977.

Öktem Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Özdek Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, TODAİE, Ankara, 2004.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri I.Kitap, Turhan Kitapevi, Ankara, 1993.

Salihpaşaoğlu Yaşar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Schachter Oscar, International Law in Theory and Practice, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991.

Şahin Adil, Batı'lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2015.

Tütüncü Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Villiger Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

Yıldız Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

Arsava Ayşe Füsun, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD*, 9, 35, 2018, 1-40.

Beck Louise Doswald, "Developments in Cumstomary International Humanitarian Law", *Swiss Review of International and European Law,* 15, 3, 2005, 471-498.

Chinkin C.M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *The International and Comparative Law Ouarterly*, 38, 4, 1989.

Cunningham Andrew J., "The European Convention on Human Rights, Customary International Law and The Constitution", *International and Comparative Law Quarterly,* 43, 3, 1994, 537-567.

Donnelly Jack, "Human Rights: A New Standard of Civilization?", *International Affairs*, 74, 1998.

Ferreira GM ve Ferreira-Snyman, MP, "The Impact of Treaty Reservations on the Establishment of An International Human Rights Regime", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 38, 2, 2005, 148-183.

Francioni Francesco, "Customary International Law And The European Convention On Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, 9, 1999, 11-25.

Gamble John King, "The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal,* 16, 3, Summer 1981, 305-320.

Kende Tamas, "Distant Cousins: The Exhaustion of Local Remedies in Customary International Law and in the European Human Rights Contexts*", ELTE Law Journal,* 2, 2020, 127-144.

Kırdım Şahin Eray ve Demirkol, Atahan, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Adet Hukuku", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV, 4, 2021, 379-434.

Li-Ann, Thio, "It Is A Little Known Legal Fact': Originalism, Customary Human Rights Law And Constitutional Interpretation", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2, 2010, 558-570.

Lichtenstein Cynthia Crawford, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, 35, 4, 2001, 1433-1441.

Marks Susan, "Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, 39, 2, 1990, 300-327.

Olivier Michele, "The Relevance of 'Soft Law' As a Source of International Human Rights", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 35, 3, November 2002, 289-307.

Simma B. & Alston, P., "The Source of Human Rights Law; Custom ius cogens and General Principles", 82, *AYIL*, 1992.

Schwebel Stephen M., "Human Rights in the World Court", *Justice in International Law,* Cambridge University Press, New York, 1994.

Suganami Hidemi, "A Normative Enquiry in International Relations: The Case of 'pacta sunt servanda'", *Review of International Studies*, 9, 1, 1983, 34-54.

Urdang Ivu P., "Franklin and Eleanor Roosevelt: Human Rights and the Creation of the United Nations", *OAH Magazine of History,* 22, 2, 2008, 28-31.

Tilovska-Kechedji Elena, "International Law Influencing European Law in The Case of Human Rights", *Law Series of the Annals of the West University of Timisoara*, 1, 2017, 25-32.

Thirlway Hugh, "International Law And Practice Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues", *Leiden Journal of International Law*, 28, 3, 2015, 495-506.

Türmen Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17, 2000.

Tzevelekos Vassilis P; Dzehtsiarou, Kanstantsin, "International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation", *European Yearbook on Human Rights*, 16, 2016, 1-30.

Wildhaber Luzius/Hjartarson Arnaldur/Donnely, Stephen, "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal,* 33, 7-12, Basel, Reykjavik, London, 2013.

Wood Michael, *Second Report on Identification of Customary International Law*, International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/672, 22 Mayıs 2014.

Ziemele Ineta, "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights-The Method", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12, 2, July 2013, 243-252.

Mahkeme Kararları

Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No:21893/93,16 Eylül 1996.

Al-Saadoon and Mufdhi v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 61498/08, 4 Ekim 2010.

Banković ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, ECHR 2001-XII.

Benzer ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 23502/06, 12 Kasım 2013.

Burden v. Birleşik Krallık, Başvuru No:13378/05, 29 Nisan 2008.

Cudak v. Litvanya, Başvuru No:15869/02, 23 Mart 2010.

De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66; 18 Haziran 1971.

Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006.

Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012.

J. F. v. Fransa, Başvuru No: 39616/98, 20 Nisan 1999.

Jonas ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 34356/06 ve 40528/06, 14 Ocak 2014.

Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), Başvuru No: 15318/89, 18 Aralık 1996.

Lalmahomed v. Hollonda, Başvuru No: 26036/08, 22 Şubat 2011, Yargıç Ziemele Ayrık Görüşü.

Lawless v. İrlanda, Başvuru No: 332/57, 14 Kasım 1960.

Shamayev ve Diğerleri, Gürcistan ve Rusya, Başvuru No: 36378/02, 12 Ekim 2005.

Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya, Başvuru No: 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22 Mart 2001.

Stoll v. İsviçre, Başvuru No: 69698/01, 10 Aralık 2007.

ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belçika v. Senegal), ICJ Raporlar 2012.

ICJ, Barselona Traction (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970.

ICJ, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Reservations to The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 28th, 1951.

ICJ, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), 24 Mayıs 1980.

ICJ, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Reports of Judgment, 18 December 1951.

ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 Aralık 2005, Yargıç Simma Ayrık Görüşü.

ICJ, Pleadings, Oral Arguments, Documants, Interhandel Case (Switzerland v. United States of America), 21 Mart 1959.

ICJ, North Sea Continental Shelf Case, Judgment, 20 Şubat 1969, ICJ Reports 1969.

Permanent Court of International Justice, Series A./B., Judgements, Orders And Advisory Opinions Phosphates in Morocco (Preliminary Objections), Judgment of June 14 th, 1938.

Permanent Court of International Justice, The Mavrommatis Palestine Concessions Greeve v. Britain, 30 Ağustos 1924.

UN Commission on Human Rights Report on the death penalty (UN Commission on Human Rights, Question of the Death Penalty: Report ofthe Secretary-General submitted pursuant to Commission resolution 2002177, UN ESCOR, 59th Sess. UN Doc. E/CN.4/2003/106 (2003).

UN Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001.